Die Konkurrenz von Bereicherungsanspruch und Eigentumsanspruch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Witepski
Gerichtsreferendar aus Kassel.

Marburg 1933

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 11. September 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Erich Jung

Meinen Eltern.

Einteilung.

Benutzte Schriften.

Arnthal: Die condictio possessionis, Dissertation Marburg 1929.
Bödecker: Wieweit ist nach vollendeter Ersitzung noch Raum für einen Bereicherungsanspruch vorhanden? Dissertation Göttingen 1928.
Bolze: Einige Quellenstellen zur Lehre von den Kondiktionen.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Leipzig 1895.
Bruns: Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts, 1874.
Collatz: Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, Berlin 1899.
" Zur Theorie der Realgeschäfte und der ungerechtfertigten Bereicherung, Berlin-Charlottenburg.
Dernburg: Pandekten, Band II.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des BGB., 9. Auflage, Berlin 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Band I, Teil 1, Allgemeiner Teil von Enneccerus, neu bearbeitet von Nipperdey, Marburg 1931.
Band I, Teil 2, Schuldverhältnisse, neu bearbeitet von Lehmann, Marburg 1930.
Band II, Wolff, Sachenrecht, Marburg 1930.
Band IV, Kipp, Erbrecht, Marburg 1931.
Fischer: Bereicherung und Schaden, in der Festschrift für Zitelmann.
Freund: Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs, Leonhards Studien, Heft 7, Breslau 1902.
v. Gierke: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, 1897.
" Deutsches Privatrecht, Band 2 und 3, München 1905 und 1917.
Göppert: Der Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzungseigentümer, Gruchot Bd. 72, Seite 425.
Hartmann: Das Wesen des Bereicherungsanspruchs, im Arch. Bürgerl. Recht Bd. 21 Seite 227 ff.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
" Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
" Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Band 1, Leipzig 1903.
" System des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1912.
Heuer: Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs.
Hölder Kommentar zum BGB., Allg. Teil, 1900.
" im Archiv für Bürgerl. Recht Band II, Seite 238 ff.
Hohrmann: Grundsätze des Reichsgerichts über den Mangel des rechtlichen Grundes im Laufe 30jähriger Praxis, Diss. Marburg 1930.
Homeyer: Der Sachsenspiegel erster Teil, Gütersloh 1861.
Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902.
" Wesen und Bedeutung des schuldrechtlichen Grundes für die Systematik des Privatrechts, in der Festschrift für das Reichsgericht, Band III, Seite 157 ff.
" Bürgerliches Recht, in Stammlers Enzyklopädie für das gesamte Recht, Berlin 1930.
Kipp: Erbrecht, siehe Enneccerus-Kipp-Wolff.
Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1900/1901.
Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes, Leonhards Studien Heft 6, 1901.
in der Zeitschrift für Handelsrecht Band 58.
Kommentar zum BGB., von Reichsgerichtsräten, Bd. 2 und 3, 6. Aufl. 1928.
Krawielicki: Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, in Iherings Jahrbüchern, Band 81.
v. Koschembahr-Lyskowski: Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen Römischen Recht, Bd. 1, Weimar 1903.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Band 1, Leipzig 1912, Band 2, Leipzig 1916.
Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht, in Bindings Handbuch, Leipzig und München 1929.
Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht, in Bindings Handbuch. Leipzig-München 1930.
v. Liszt: Die Deliktobligationen im System des Bürgerl. Gesetzbuches, 1898.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1905.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, II. Abt., Braunschweig 1855.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Mügel: Bereicherungsanspruch und Ersitzung in Jur. W. 1933, Seite 1230.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 1929 (Recht der Schuldverhältnisse).
„ Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche, in Iherings Jahrbücher, Band 61 Seite 94 ff.
Pernice, Labeo: Römisches Privatrecht, Band III Abt. 1., Halle 1892.
Peters: Die Klägenkonkurrenz, 1902.
Pflüger: Die sogenannten Besitzklagen d. Römischen Rechts, Leipzig 1890.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 und 2.
Plessen: Die Grundlagen der modernen condictio, Leipzig 1904.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.
Prym: Die Konkurrenz des Anspruches aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung. Dissertation Bonn 1906.
Reinighaus: Der Mangel des rechtlichen Grundes bei den Bereicherungsansprüchen. Gütersloh 1904.
Roemer: Ist § 281 BGB. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar. Archiv ziv. Prax. 119, 293 ff.
Schmidt, Rudolf: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht. München 1915.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. 2. Aufl. Berlin 1904.
Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 109 Seite 1 ff.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
„ Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz.
Stammler: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. 1903.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB., 9. Aufl., Band 1 und 3.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 14. Aufl. 1928.
Stieve: Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem BGB., Dissertation Straßburg 1899.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB., in Iherings Jahrbüchern, Band 38 Seite 1 ff.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 1, Leipzig 1910.
Trampedach: Die condictio incerti, Zeitschrift der Savignystiftung, romanistische Abteilung, Band 17 Seite 97.
Warneyer: Kommentar zum BGB.
Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts, 1856.
Witte: Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, Halle 1859.
Wolffenstein: Das Wesen der condictio im römischen und heutigen bürgerlichen Recht, Dissertation Erlangen 1906.
Wreszinski: Die Konkurrenz der Ansprüche nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation 1902.

§ 1. Einleitung.

Abgrenzung des Themas.

Das Reichsgericht hat sich neuerdings mehrfach mit der Frage der Konkurrenz von Eigentums- und Bereicherungsanspruch zu befassen gehabt[1]). In den ersten dieser neuen Entscheidungen hat das Reichsgericht[2]) sich auf den Standpunkt gestellt, daß seine frühere Ansicht[3]), die dahin ging, die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. seien Sondernormen, von denen die allgemeinen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ausgeschlossen würden und in denen, soweit nach ihnen eine Vermögensverschiebung nicht auszugleichen sei, der die Vermögensverschiebung rechtfertigende Rechtsgrund enthalten sei, nur mit Einschränkung festgehalten werden könne. Die Einschränkung, die das Reichsgericht macht, ist aber derart erheblich, daß genau betrachtet die in den §§ 987 ff. 993 BGB. vorgesehene Begrenzung des Haftungsumfanges nur noch Bedeutung für das Gebiet des Eigentumsherausgabeanspruches, nicht aber für das Gebiet der Bereicherungsklage behält. Damit ist aber den §§ 987 ff. BGB. die Bedeutung von Sondernormen, die gegenüber den allgemeinen Vorschriften Ausschließlichkeit beanspruchen, genommen.

Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde: A. hatte dem B. ein für eine bestimmte Frist bindendes notarielles Angebot zum Verkauf eines Grundstückes gemacht. Das Grundstück wurde dem B. alsbald übergeben. Dieser zog seitdem die Nutzungen und trug die Lasten des Grundstücks, leistete auch die in dem Vertragsangebot vorgesehenen Kaufpreisraten. Nach einiger Zeit machte jedoch A. mit Erfolg die Nichtigkeit des Angebots geltend und erzielte in einem Vorprozeß ein rechtskräftiges Urteil, das feststellte, für A. bestehe keine Bindung, weil gewisse Bestimmungen des Angebots, wenn sie den A. binden sollten, der Annahme seitens des B. in der durch § 313 BGB. vorgeschriebenen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft hätten, eine solche Beurkundung aber nicht erfolgt sei. In dem zur Entscheidung des Reichsgerichts stehenden Rechtsstreit fordert nunmehr B., der inzwischen das Grundstück wieder an A. zurückgegeben hat, Rückgewähr der gezahlten Kaufpreisraten aus dem Gesichtspunkt der

---

[1]) RGZ. 129 Seite 307; Band 133, Seite 283; Band 137, Seite 206.
[2]) RGZ. 129 Seite 307.
[3]) RGZ. in Jur. Wschr. 1912 Seite 690; RG. in Warn. Rspr. 1920 Nr. 160, vergl. auch Jur. Wschr. 1926 Seite 1787. Vergl. RGZ. 133 S. 288 ff.

ungerechtfertigten Bereicherung, ferner Ersatz von Verwendungen. Demgegenüber verlangt A. Herausgabe der von B. während dessen Besitzzeit gezogenen Nutzungen. Während das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts den Anspruch des A. auf die von B. gezogenen Nutzungen für unbegründet erklärte, weil B. als redlicher Besitzer gem. § 993 BGB. die vor Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen, die hier allein in Betracht kamen, nicht herauszugeben brauche, soweit es sich nicht um sogenannte Übermaßfrüchte handele, hat das Reichsgericht unter Aufgabe seines früheren Standpunktes dem A. die Nutzungen zugesprochen. Das Reichsgericht führt aus, daß, wenn der Eigentümer gegen den Besitzer mit der Eigentumsklage aus § 985 BGB. vorgehe, dessen Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen und Gegenansprüche auf Ersatz von Verwendungen sich ausschließlich aus den §§ 987 ff. BGB. ergeben könnten und daß der Eigentümer nicht über diese Grenze hinaus Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung erheben könne, daß aber der Eigentümer, falls er sich ausdrücklich auf ungerechtfertigte Bereicherung berufe, nicht gehindert sei, sich die hieraus ergebenden weitergehenden Rechte geltend zu machen.

Die Entscheidung gibt zu mancherlei Bedenken Anlaß. Zunächst ist sie schwer in Einklang zu bringen mit der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Lehre, daß der Richter den Sachvortrag der Parteien ohne Bindung an deren Rechtsausführungen zu würdigen habe. Danach kann es garnicht darauf ankommen, ob der Kläger seinen Anspruch als Eigentumsklage oder als Bereicherungsklage bezeichnet. Vielmehr hat der Richter allein darüber zu befinden, welche Rechtssätze auf den vorgetragenen Sachverhalt Anwendung zu finden haben. Die Entscheidung ist auch nicht etwa dahin zu verstehen, daß die von A. zur Substantiierung seines Gegenanspruches vorgetragenen Tatsachen nur einen Bereicherungsanspruch begründet erscheinen lassen. Im Gegenteil, der Tatbestand ergab eindeutig, daß A., da Auflassung und Umschreibung noch nicht erfolgt waren, noch Eigentümer war; anderenfalls hätte ja auch gemäß § 313 Satz 2 BGB. die Heilung des Formmangels eingetreten sein müssen. Zum anderen erscheint auch der neue Standpunkt des Reichsgerichts im Gegensatz zu dem früheren nicht ganz im Einklang mit § 993 Abs. 1 BGB., wo es heißt: „. . . im übrigen ist er (der Besitzer) weder zur Herausgabe von Nutzungen noch usw. verpflichtet". Dieser Wortlaut deutet auf einen Ausschluß der Bereicherungsvorschrift hin. In den Entscheidungen Band 133 Seite 283/4 und 137 Seite 210 ist jedoch das Reichsgericht wieder zu seinem alten Standpunkt zurückgekehrt, und zwar im Bande 137 a.a.O. unter ausdrücklicher Aufgabe der Entscheidung im Bande 129 Seite 307. Im Bande 137 erklärt das

Reichsgericht ausdrücklich: Als nunmehr einheitliche Auffassung ist hiernach festzustellen: Soweit es sich bei der Auseinandersetzung zwischen Eigentümer und Besitzer um den Umfang des Herausgabeanspruchs des Besitzers in Ansehung der gezogenen Nutzungen handelt, stellen die §§ 987 ff. BGB. eine erschöpfende Sonderregelung dar, die den allgemeinen Vorschriften des Bereicherungsrechts in den §§ 812 ff. BGB., diese ausschließend, vorgeht.

Es erscheint daher am Platze, die Frage der Konkurrenz von Bereicherungs- und Eigentumsanspruch erneut nachzuprüfen. Das Problem ist durchaus praktisch, wie schon die vom Reichsgericht entschiedenen Fälle beweisen. Man denke weiter aber auch noch an die Fälle von Veräußerungsgeschäften, bei denen auf einer Seite ein Geisteskranker als Vertragspartei beteiligt ist, was die Nichtigkeit sowohl des obligatorischen wie auch des dinglichen Rechtsgeschäftes zur Folge hat; weiterhin auch an den bei der heutigen wirtschaftlichen Notlage nicht seltenen Fall, daß ein Kaufmann, um Kunden zu gewinnen, ohne vorherige Bestellung seitens des Empfängers Waren versendet, zu deren Ankauf der Empfänger sich nachher nicht entschließt. In all diesen Fällen, die sich noch um zahlreiche Beispiele vermehr ließen, scheinen sowohl die Vorschriften über den Bereicherungsanspruch wie auch die über den Eigentumsanspruch anwendbar.

Wenn nun in der vorliegenden Arbeit das Verhältnis dieser beiden Anspruchsgruppen untersucht werden soll, so muß beachtet werden, daß es sich nicht etwa darum handelt, ob der Kläger in einem zu unterstellenden Rechtsstreit vermöge der den Prozeß beherrschenden Verhandlungsmaxime seinen Sachvortrag so gestalten kann, daß nur der eine oder der andere Anspruch begründet erscheint. Diese Möglichkeit hat der Kläger ja unstreitig, da er Tatsachen verschweigen kann, wenn ihm auf Grund der vorgetragenen Tatsachen der Erfolg bereits sicher ist. Hier handelt es sich vielmehr darum, das Verhältnis der beiden Anspruchsgruppen zueinander in einem solchen Fall nachzuprüfen, in dem der vorgetragene Tatbestand beide Ansprüche begründet erscheinen läßt. Nur auf diese Weise läßt sich das Verhältnis zweier Vorschriften des materiellen Rechtes feststellen; denn hier muß entschieden werden, ob die beiden Ansprüche auch tatsächlich nebeneinander begründet sein können, oder ob der eine den anderen ausschließt[4]).

Es bedarf aber auch noch einer weiteren Begrenzung des zu behandelnden Themas. Dieses lautet: Konkurriert der Bereicherungsanspruch mit dem Eigentumsanspruch? Es kann aber nicht die allgemeine Bereicherungsklage auf Rückübertragung des Eigentums (condictio rei) in Frage kommen; denn solange der Verlustträger noch Eigentümer ist und er nur den Besitz verloren hat, kann

[4]) Planck Band 2 Teil 1 Seite 6; Siber, Rechtszwang Seite 221.

der Bereicherte nicht um das Eigentum bereichert sein[5]). Vielmehr handelt es sich um die Konkurrenz des Besitzbereicherungsanspruches condictio possessionis = c. p.) mit dem Eigentumsanspruch.

Bei der Behandlung des Themas werde ich in der Weise vorgehen, daß ich zunächst Einzeldarstellungen des Besitzbereicherungsanspruches und des Eigentumsanspruches geben werde, sodann werde ich die Frage der Konkurrenz beider Ansprüche sowohl unter dem Gesichtspunkt der Lehre von der Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz wie auch von der Lehre vom Rechtsgrund untersuchen.

Erster Hauptteil.

§ 2. Die condictio possessionis.

a) Geschichtliche Entwicklung.

Der Besitz kann, wenn er auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund erlangt ist, Gegenstand eines Bereicherungsanspruches sein.

Im klassischen römischen Recht war ein solcher Anspruch zwar noch nicht anerkannt[1]). In den Digesten findet sie sich jedoch an zahlreichen Stellen vor. So sagt l. 15 § 1 D 12, 6: Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet ut vel possessio eorum reddatur: quem admodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. Ferner l. 2 D 13,3: Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Als weitere Fälle sind noch zu nennen: l. 19 § 2 D de precario 43, 26; l. 31 § 1 D 16, 3; l. 13 D 39, 6 pr.; l. 33 D 12, 6.

Aus diesen Quellenstellen geht zur Genüge hervor, daß die condictio possessionis dem Justinianischen Recht bekannt war[2]).

Im Gemeinen Recht war die c. p. zur allgemeinen Anerkennung gelangt[3]). Lediglich W i t t e[4]) hat die c. p. abgelehnt mit der

---

[5]) Staudinger Vorbem. 6 vor § 812; RGRKom. § 812 Anm. 7e; Planck Vorbem. 5 vor § 812; Schollmeyer Seite 209 Anm. 2; Stammler Seite 167. Plessen § 58 ff.; v. Gierke Bd. 2 § 218; Oertmann § 812 Vorbem. 2a; v. Mayr § 356 ff.; RGZ. 48 Seite 139 ff.; 129 Seite 307; Jur. Wschr. 1919 Seite 715; OLG. 18 Seite 48; Goldmann-Lilienthal § 224 V; Dernburg § 374 Anm. 5.

[1]) l. 67 D 23,3 (Proculus); Brinz 2. Aufl. Band 2 § 300 Note 23.

[2]) Vergl. im einzelnen Trampedach Seite 101, 103 ff., 109 ff.; Arnthal Seite 2 ff.

[3]) Bruns Seite 185, 199 ff.; Bolze im Arch. Ziv. Prax. Band 79 Seite 183 ff., 206 ff.; Windscheid-Kipp Band 1 Seite 728 ff., 733 Anm. 4, vergl. Band 2 Seite 495 Anm. 14 Seite 531 Anm. 9, Seite 810, 821, 903 Anm. 9, 952 Anm. 16; Ihering, Besitzesschutz Seite 136; Seuff. Archiv Band 3 Nr. 177, Band 4 Nr. 122, Band 19 Nr. 152, Band 33 Nr. 307, Bd. 34 Nr. 45.

[4]) Seite 254, vergl. auch Seite 289.

Begründung, wenn durch einen Dritten nur der Besitz, nicht aber auch das Eigentum übertragen werde, so werde das Vermögen des Empfängers garnicht erweitert, da dieser der Vindikation ausgesetzt sei.

Diese m. E. unzutreffende Begründung Wittes zeigt sofort, worauf es ankommt. Witte hat verkannt, daß der Besitz von eigenem Wert ist. Dieser Wert ist nicht bloß in dem Vorteil enthalten, den die rein tatsächliche Gewaltsausübung bietet, sondern vor allem auch in dem besonderen Schutz, den die Rechtsordnung dem Besitzer gegen verbotene Eigenmacht und Besitzverlust von jeher hat zuteil werden lassen, wie auch in den Rechtsvermutungen, die der Besitz schafft[5]).

b) Der Besitzbereicherungsanspruch im BGB.

1. Rechtliche Grundlage.

Für das Recht des BGB. muß m. E. sogar angenommen werden, daß der Besitz ein Recht im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB., wenn auch wegen des numerus clausus der dinglichen Rechte kein dingliches ist. Eine eingehende Stellungnahme zu dieser alten Streitfrage liegt jedoch außerhalb des Rahmens dieser Arbeit[6]). Aber auch wenn man den Besitz nur als ein „mit erheblichen Rechtswirkungen bekleidetes ökonomisches Rechtsgut" ansieht, das wertvolle Rechtspositionen gewährt, insbesondere auch dem, der es ohne rechtlichen Grund erworben hat, den Rechtsschein und den Besitzesschutz verschafft, muß man seinen selbständigen Vermögenswert anerkennen[7]).

Der erste Entwurf des BGB. hatte denn auch in § 737 Abs. 3 die c. p. ausdrücklich geregelt: „Die Rückforderung findet auch dann statt, wenn die Leistung nur in der Einräumung des Besitzes oder der Innehabung bestanden hat." Das geltende Recht enthält allerdings eine derartige positive Bestimmung nicht. Dennoch wird man aber die Anerkennung der c. p. durch das BGB. nicht in Zweifel ziehen können. Die Weglassung einer ausdrücklichen Vorschrift erklärt sich einfach damit, daß solche Vorschrift der bei der allgemeinen Fassung des das Prinzip der ungerechtfertigten Bereicherung enthaltenden § 812 überflüssig ist. Nach § 812 BGB. ist zur Herausgabe verpflichtet, wer durch die Leistung oder auf Kosten eines anderen „etwas" ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Das

---

[5]) Besitzesschutz: Die römisch-rechtlichen Besitzinterdikte. Für das BGB. §§ 859—862; 1007. Rechtsvermutung: §§ 1006, 932 ff.

[6]) Für das Gemeine Recht: Windscheid-Kipp Band 1. Seite 150. Für das BGB.: Vergl. Motive III Seite 78, 109. Staudinger VII vor § 854; Jung Seite 44; Hellwig, Rechtskraft Seite 343 Anmerkung 7.

[7]) Oertmann Vorbem. 2a, bb vor § 812; Strohal in Iherings Jb. Band 38 Seite 65; Motive II Seite 830; Protokolle II Seite 694; Heuer Seite 55 v. Mayr Seite 128 f.

Wort „etwas“ bezeichnet einen sehr weiten Begriff, und die Motive lassen erkennen, daß man diesen Begriff soweit als möglich hat verstanden wissen wollen. In den Motiven Bd. 2 Seite 830 heißt es, daß unter dieses „etwas“ alles falle, „was als Vermögenswert oder Vermögensbestandteil angesehen werden kann, durch dessen Übergang aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen der letztere bereichert wird.“ Daß der Besitz hiermit einbegriffen werden muß, weil er auf jeden Fall einen selbständigen Vermögenswert darstellt, ergibt sich zwingend aus dem bereits Gesagten. Der Besitzbereicherungsanspruch ist daher mit Recht im bürgerlichrechtlichen Schrifttum allgemein anerkannt[8]).

2. Inhalt des Besitzbereicherungsanspruches.

Inhalt des Besitzbereicherungsanspruches ist wie bei jedem Bereicherungsanspruch nicht etwa ein von vornherein und endgültig bestimmt abgegrenzter Leistungsgegenstand, sondern ein variabler Vermögenswert, die Bereicherung als solche. Das ergibt sich aus § 818 BGB., der einerseits die Haftung auf die jeweils noch vorhandene Bereicherung beschränkt, andererseits sie auf die gezogenen Nutzungen und die Ersatzvorteile erstreckt, sowie in gewissen Fällen Wertersatz vorschreibt[9]).

Um aber die Bereicherung im Einzelfalle feststellen zu können, muß man auf den primären Leistungsinhalt, auf das erlangte Etwas, das den Kern des Anspruchs bildet (§ 812 BGB.), zurückgehen, und das ist bei der c. p. der Besitz. Die c. p. ist also zunächst auf Wiedereinräumung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes gerichtet.

Das ist aber nichts anderes als Herausgabe der Sache, wie sie auf Grund des § 985 BGB. verlangt werden kann. Das wird von einigen Schriftstellern m. E. zu Unrecht geleugnet. So sagt v. Gierke[10]): „Der Eigentümer erlangt mit der c. p. nur die Wiedereinräumung des Besitzes, nicht die endgültige Herausgabe der Sache.“ Ähnliche Äußerungen finden sich bei Endemann[11]), Crome[12]) und Lent[13]).

---

[8]) Oertmann Vorbem. 2a, bb vor § 812; Staudinger Vorbem. 5 und 6 vor § 812; Planck § 812 Anm. I 1; RGRKomm. § 812 Anm. 1b; Warneyer § 812 II Note 24; Fischer-Henle § 812 Note 5; Enneccerus-Lehmann Teil I Band 2 Seite 680; Wolff § 16 I 2; v. Gierke Band 3 Seite 1001 mit Note 27; Jung Seite 42 ff., v. Mayr Seite 128; Lent Teil I Seite 341 ff.; Plessen Seite 16 ff.; Arnthal Seite 1, Siber, Rechtszwang Seite 97, 130; RGZ. 129 Seite 307 mit ausführl. Begründung; 98, 135; JurW. 1910 Seite 282 Nr. 10; Warn. 1925 Nr. 169; OLG. 14,32.

[9]) Plessen Seite 22, Stieve Seite 28.

[10]) Bd. 3 Seite 1000 Note 23.

[11]) § 198, besonders Note 12 und 15.

[12]) Bd. 2 Seite 982 Note 30.

[13]) Bd. 1 S. 339 mit Bezugnahme auf Staudinger Vorbem. 6 vor § 812.

Diese Ansicht ist jedoch m. E. unhaltbar. Ist der Condizent Nichteigentümer, so besteht immerhin die Möglichkeit, daß der Eigentümer, falls ihm gegenüber der Condizent nicht zum Besitze berechtigt ist, die Sache vindiziert. Trotzdem ist auch hier nicht zu leugnen, daß im Verhältnis von Condizent und Bereichertem eine endgültige Herausgabe vorliegt. Ist der Condizent zugleich aber der Eigentümer, — und diesen Fall hat v. Gierke gerade im Auge — so ist die Besitzesverschaffung auf Grund der c. p. bestimmt eine endgültige Herausgabe. Der Besitzer ist der c. p. erlegen, weil er kein Recht zum Besitz hatte. Aus dem gleichen Grunde hätte er, weil ihm kein Recht zum Besitze im Sinne des § 986 BGB. zur Seite stand, der Vindikation erliegen müssen. Auf welche Weise sollte der Eigentümer von dem ehemaligen Besitzer wieder um den zurückverlangten Besitz gebracht werden können, wenn diesem keinerlei Recht zum Besitz zur Seite steht? Richtig ist allerdings, daß zwischen c. p. und rei vindicatio insofern ein Unterschied besteht, als zu der letzteren nur der Eigentümer legitimiert ist. Im Verhältnis zum verklagten Besitzer, das hier allein in Frage steht, erschöpft sich der Inhalt beider Ansprüche aber in ein und demselben Leistungsinhalt, nämlich in der Herausgabe.

Es ist daher auch nicht in dieser Allgemeinheit zutreffend, wenn Jung[14]) sagt, das obligatorische Recht diene der Bewegung der Werte; während die dinglichen Ansprüche recuperatorisch seien und einen rechtlichen Zustand wahren wollten, wollten die obligatorischen eine Veränderung der Verteilung der Werte bewirken; die dinglichen Ansprüche machten die Zugehörigkeit eines Wertes zu einem bestimmten Vermögen geltend, während die obligatorischen einen solchen aus einem Vermögen in ein anderes überführen wollten. Bei dem hier zu behandelnden Beispiel der c. p. einerseits und der Vindication andererseits trifft dieser Satz jedenfalls nicht zu. Nach geltendem Recht ist in dem Eigentumsherausgabeanspruch im Gegensatz zu der römischen rei vindicatio kein Begehren auf Feststellung des Eigentums mehr enthalten. Er geht vielmehr lediglich auf Herausgabe[15]), d. h. auf Überführung eines Wertes, nämlich des Besitzes, aus dem Vermögen des Besitzers in das des Eigentümers. Ein Unterschied zwischen Eigentums- und Besitzbereicherungsanspruch besteht also nur dem Grunde nach. Ihr primärer Leistungsinhalt dagegen stimmt überein. Wenn daher auf Grund der Besitzescondiction die Einräumung des Besitzes erfolgt, so ist diese gegenüber dem unterlegenem ehemaligen Besitzer genau so endgültig, als wenn sie auf Grund des Eigentumsherausgabeanspruchs erfolgt wäre.

---

[14]) Bereicherungsansprüche Seite 130/131 mit Note 197. Dieser Satz trifft nur auf die Ansprüche aus obligatorischen Grundgeschäften, nicht aber für die beiden Obligationen ex lege (condictio und Deliktsanspruch) zu.

[15]) Wolff § 84 III Seite 276; Siber, Rechtszwang Seite 96.

Die Verpflichtung zur Herausgabe bei der c. p. erstreckt sich weiterhin, wie bereits angedeutet, auf die gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 1 BGB.). Darunter sind nach § 100 BGB. die Früchte der Sache sowie die Gebrauchsvorteile zu verstehen. Nach § 99 Abs. 1 und 3 BGB. sind unter den Früchten einer Sache einmal ihre Erzeugnisse sowie ihre bestimmungsgemäße Ausbeute (natürliche Früchte), zum anderen die Erträge, welche die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (juristische oder bürgerliche Früchte) zu verstehen. Zur letzgenannten Gruppe gehören insbesondere die Miet- und Pachtzinsen. Diese können nur auf Grund des § 818 Abs. 1 BGB., nicht aber auf Grund des § 816 BGB. herausverlangt werden; denn die Vermietung oder Verpachtung stellt keine Verfügung dar. § 816 BGB. setzt jedoch eine Verfügung, d. h. ein Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung voraus[16]).

Zu beachten ist, daß § 818 Abs. 1 BGB. in den Fällen nicht anwendbar ist, in denen der Besitzer zwar cum causa besitzt, darüber hinaus aber die in seinem Besitz befindliche Sache unbefugt nutzt. In diesem Zusammenhang sei die für die Praxis bedeutsame Frage gestreift, inwieweit die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung hinsichtlich der vom Mieter aus einer unerlaubten Untervermietung gezogenen Mietzinsen Platz greifen. Planck[17]) und Lobe[18]) wollen hier den Bereicherungsanspruch ohne Rücksicht darauf gewähren, ob der Eigentümer oder wer sonst der Vermieter gewesen ist, selbst in der Lage gewesen wäre, die Sache anderweitig zu vermieten. Die neuere Rechtsprechung des R.G. steht auf einem anderen Standpunkt. Sowohl in dem Fall Leipz. Zschr. 1917 Seite 921, in dem die Erben von der zweiten Frau ihres verstorbenen Vaters 150.— Mark (Mietwert) verlangten, weil sie über die Frist von 30 Tagen hinaus (§ 1969 BGB.) die Wohnung ihres verstorbenen Mannes weiter benutzt hatte, wie auch in dem Fall Jur. Wschr. 1905 Beil. 3 Seite 101 Nr. 227, in dem der Subhastat nach dem Zuschlag an den Ersteher das Grundstück zur Unterbringung seines Möbellagers weiter benutzt hatte, hat das R.G. das Vorliegen einer Bereicherung um den Mietwert abgelehnt mit der Begründung, der Kläger sei selbst nicht in der Lage gewesen, die Wohnung zu vermieten. In der letztgenannten Entscheidung gibt das R.G. dem OLG., an das es die Sache zurückverweist, jedoch zu erwägen, ob und wieweit nicht dennoch die Beklagte etwas auf Kosten der Kläger erlangt habe.

---

16) RGZ. 105 Seite 409; 106 Seite 111; Jung in der Festschrift für das RG. Bd. 3 Seite 157.

17) Planck § 812 Anm. I 2b Seite 1623 ff.

18) im Komm. der RGR. § 812 Anm. 2b Seite 498/499; ähnlich auch Josef im Arch. Ziv.Prax. Bd. 119 Seite 412 ff. sowie OLG. 36 Seite 56 (KG. mit Anm. von Mugdan).

In der neuesten hier einschlagenden Entscheidung[19]) vertritt das R.G. wieder ganz streng den Standpunkt, daß mangels einer Weitervermietungsmöglichkeit dem Eigentümer ein Bereicherungsanspruch nicht gewährt werden könne.

M. E. muß man aber mit Planck und Lobe a.a.O. grundsätzlich den Bereicherungsanspruch in derartigen Fällen gewähren. Das Argument des Reichsgerichts, der Condizent habe nicht die Möglichkeit gehabt, die Sache anderweit zu vermieten, es fehle also am Kausalzusammenhang, führt einen für das Schadensersatzrecht, nicht aber für das Bereicherungsrecht maßgeblichen Gesichtspunkt ein. Auf die Möglichkeit anderweiter Vermietung kann es daher nicht ankommen[20]). Jedenfalls muß ein Schutzbedürfnis des Berechtigten anerkannt werden. Das Vorliegen einer Bereicherung auf Kosten des Berechtigten läßt sich m. E. auch sehr wohl begründen. Die Protokolle[21]) haben ausgesprochen, daß es genüge, wenn das Objekt der Bereicherung den Vermögensstand des Entreicherten berührt. Es ist auch im Schrifttum[22]) wie in der sonstigen Rechtsprechung des R.G. und anderer höherer Gerichte[23]) betont worden, daß für die Annahme einer ungerechtfertigten Bereicherung auf Kosten eines anderen nicht mehr erforderlich sei, als daß der andere irgendeine seinen Vermögensstand im weitesten Sinne betreffende Beeinträchtigung erlitten habe. Eine solche Beeinträchtigung ist aber in dem hier in Frage stehenden Fall der unbefugten Nutzung dadurch gegeben, daß die weiter vermieteten oder sonstwie genutzten Sachen abgenutzt wurden sowie evtl., falls der Eigentümer sonst auch noch die Möglichkeit eigenen Gebrauchs gehabt hätte, dadurch, daß sie ihm gänzlich entzogen worden sind.

Wir kommen nun weiter zur Besprechung der nach § 818 BGB. herauszugebenden Gebrauchsvorteile der Sache. Diese können wegen ihrer Beschaffenheit nicht in Natur herausgegeben werden. Es ist daher insoweit nach § 818 Abs. 2 BGB. der Fall des Wertersatzes gegeben. Dabei ist zu beachten, daß Wertersatz nicht gleich Schadensersatz ist, insbesondere auch nicht den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB.) mitumfaßt. Für den Wertersatz sind vielmehr allein die Bereicherungsvorschriften maßgebend[24]).

---

[19]) RGZ. 105 Seite 409.

[20]) RGRKomm. § 812 2b und 1c; Planck a.a.O.; vergl. Heuer Seite 60 Anm. 3; OLG. 13/368 und 36 Seite 58.

[21]) Band II Seite 285.

[22]) Planck und Heuer a.a.O.

[23]) RGZ. 51/422; Recht 1918 Nr. 230; OLG. Dresden in Seuff. Archiv Band 13 Nr. 51.

[24]) Nicht zutreffend daher die oben erwähnten Entsch. des RG. Jur. Wschr. 1903 Beil. 101 Nr. 227, LZ. 1917b Seite 921, RGZ. 105 Seite 409, vergl. OLG. 13 Seite 368, 36/58, RGRKomm. § 812 Anm. 1c, Stieve S. 63, v. Mayr Seite 604, vergl. auch Seite 126 ff., Heuer Seite 60 Anm. 3, vergl. auch 1. 6 § 7 D 12, 6.

Daher kommt der Werterſatz nicht mehr in Frage, ſoweit der Empfänger nicht mehr bereichert iſt. § 818 Abſ. 3 BGB. Aus dem Wortlaut von § 818 Abſ. 2 BGB. „Iſt die Herausgabe . . . unmöglich uſw., ſo hat der Schuldner den Wert zu erſetzen“, könnte zunächſt gefolgert werden, daß hier der gemeine Wert des Sachgebrauches gemeint ſei, der z. B. in dem üblichen Miet- oder Pachtzins ſeinen Ausdruck findet. Damit würde man jedoch verkennen, daß die Bereicherung nur vom Vermögensſtand des Bereicherten aus beurteilt werden darf. Es iſt daher zutreffend, wenn Jung[25]) die Bereicherung in dem das „ſubſtantielle Moment des Genuſſes bildenden Recht findet“, ſoweit das Gebrauchen oder Verbrauchen fremder Sachen in Frage ſteht. Allerdings zeigt dieſe Formulierung Jungs m. E. nicht deutlich genug, worin denn nun eigentlich die Bereicherung beſteht; denn der Genuß fremden Weines, der Genuß des Komforts einer auf Grund nichtigen Mietvertrages bewohnten Wohnung, der Theaterbeſuch ohne gültige Eintrittskarte, ſie ſchaffen ein könperliches Wohlbehagen oder einen geiſtigen Genuß, der je nach der Qualität des Gebotenen größer oder geringer ſein kann. Ob der Stand des Vermögens des Genießers gehoben, ob alſo wirklich eine Bereicherung vorhanden iſt, läßt ſich jedoch nur beurteilen, wenn feſtgeſtellt wird, welches der Vermögensſtand geweſen wäre, wenn der Genuß der fremden Werte unterblieben wäre. Die entſcheidende Frage iſt alſo: Was würde der Genießer aus eigenem Vermögen aufgewendet haben, wenn ihm der Genuß des fremden Gutes nicht zuteil geworden wäre? Der Wert dieſer ſonſt gemachten Aufwendungen, der ſich noch im Vermögen des Bereicherten befindet, weil er ſie infolge der anderweitigen Genußmöglichkeit erſpart hat, bildet alſo die Bereicherung, nicht der Genuß ſelbſt. Dieſer ruft nur die Erſparung auf der anderen Seite hervor und iſt damit die Urſache der Bereicherung. Wendet man dieſe Erkenntnis auf den Gebrauch einer sine causa innegehabten Sache an, ſo muß man m. E. zu dem Schluß gelangen, daß nach § 818 BGB. nicht etwa der objektive Gebrauchswert, alſo nicht das angemeſſene oder übliche Entgelt, erſetzt werden muß, ſondern im Rahmen der Bereicherungshaftung nur der Betrag herauszugeben iſt, den der Bereicherte im Rahmen ſeiner allgemeinen Lebenshaltung aufgewendet hätte. Der darüber hinausgehende Wert der Gebrauchsvorteile muß dagegen außer Betracht bleiben, wenn der Bereicherte die Vorteile ſich anderenfalls nicht beſchafft hätte, ſondern ſich beſcheidener beholfen hätte. Inſoweit muß die Bereicherung als fortgefallen gelten[26]). Wenn das R.G. in einer

---

[25]) Bereicherungsanſprüche Seite 48, vergl. auch in der Feſtſchrift für das RG. Band 3 Seite 157.

[26]) RGRKomm. § 818 Anm.; Planck § 818 Anm. 5a; Oertmann § 818 Anm 3b; v. Mayr Seite 126 ff., 604, 621; Stieve Seite 61 ff., 63; Heuer Seite 59/60 ff.; Joſef im Arch. Ziv. Praxis. Band 119 Seite 412.

Entsch.[27]) ausgesprochen hat, daß derjenige, der ein Ladenlokal auf Grund nichtigen Mietvertrages benutzt, den objektiven Wert des Gebrauches ersetzen müsse, so ist dies nach den hier voraufgehenden Darlegungen in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Richtig ist jedoch, daß im Einzelfalle, ja sogar bei ganzen Kategorien von Fällen, der ersparte Aufwand gleich dem objektiven Gebrauchswert sein wird. Das liegt daran, daß sich heutigen Tages auf vielen Gebieten ein übliches Entgelt, ein sogen. Marktpreis, herauszubilden pflegt. So werden in städtischen Verhältnissen in normalen Zeiten die Mieten für Wohnungen und Geschäftsräume von gleicher Größe und Lage sich im wesentlichen gleichen. Das zuletzt erwähnte Erkenntnis des R.G. kann daher möglicherweise im praktischen Ergebnisse das Richtige treffen, wenn auch seine theoretische Grundlage jedenfalls nicht unbedenklich ist. Von dem hier vertretenem Standpunkt aus wird man dem Bereicherungsbeklagten gestatten müssen, den Beweis zu erbringen, daß er sich mit bescheidenerem Aufwande begnügt haben würde. Wenn das R.G. in einem anderen Falle[28]) dem Bekl. diesen Beweis abgeschnitten hat, so ist dieser Entscheidung mit Rücksicht auf die besondere Lage des Falles allerdings zuzustimmen. Nicht richtig ist es jedoch, wenn der RGRKom.[29]) daraus einen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts herleiten will, der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß er sich anderweit billiger beholfen haben würde. Der zuletzt erwähnten Entscheidung des R.G. lag folgender Sachverhalt zugrunde: Kl. und Bekl. sind Unternehmer zweier auf benachbarten Grundstücken befindlicher Industriebetriebe. Der Kl. hat dem Bekl. gestattet, daß letzterer den Bahngleisanschluß des Kl. zur Beförderung von Lasten nach einem bestimmten Grundstück mitbenutzte. Durch einen weiteren Vertrag ist die Benutzung auch zur Beförderung von Lasten nach einem weiteren Grundstück des Bekl. gestattet worden. Diese zusätzliche Gestattung ist jedoch nach gewisser Zeit widerrufen worden. Der Bekl. hat indessen ungeachtet des Widerrufs den Gleisanschluß in dem erweiterten Umfange weiter benutzt. Mit Recht hat hier das R.G. den Bekl. zur Zahlung des Entgelts verurteilt, das er bei ordnungsmäßigem Verhalten hätte zahlen müssen, und weiterhin ausgesprochen, der Bekl. könne sich nicht darauf berufen, daß er sich im Falle der Verweigerung der Benutzung anderweit beholfen hätte. Diese Einrede des Bekl. ist denn auch im vorliegenden Falle nur eine höchst unanständige Ausrede. Der Bekl. setzt sich, indem er sie vorbringt, mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch, er wird durch die Tatsachen Lügen gestraft. — Für den Regelfall ist jedoch daran

[27]) Recht 1908 Nr. 1792.
[28]) RGZ. 97 Seite 310.
[29]) Anm. 1c zu § 812.

festzuhalten, daß dem Bekl. der hier in Frage stehende Beweis zu gestatten ist.

Herauszugeben ist außer den Nutzungen weiterhin alles, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines erlangten Gegenstandes erworben hat. Als Beispiele, die für den Fall der c. p. zutreffen, werden angeführt: Der auf einer Ausstellung erhaltene Preis sowie die Versicherungssumme, die bei Zerstörung, Entziehung oder Beschädigung der Sache ausgezahlt wird.

Dagegen steht die h. M. auf dem Standpunkt, daß die Verpflichtung zur Herausgabe sich nicht auf dasjenige erstreckt, was der Empfänger durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Erlangten erwirbt[30]). Danach wäre also § 818 Abs. 1 BGB. kein Anwendungsfall des Grundsatzes der dinglichen Surrogation, den das BGB. verschiedentlich anerkannt hat, wo in der Hand eines Rechtssubjektes bestimmte Vermögensteile als vom übrigen Vermögen des Rechtssubjektes gesondert behandelt werden sollen, insbesondere beim eingebrachten Gut in § 1370 BGB. und beim Erbschaftsanspruch in § 2019 BGB. Aus diesen beiden Bestimmungen folgert die h. M., da in ihnen der rechtsgeschäftliche Erwerb neben dem auf Grund eines erlangten Rechtes gemachten Erwerb ausdrücklich erwähnt ist, daß der rechtsgeschäftliche Erwerb nicht unter die letzgenannte Kategorie, die in § 818 BGB. allein aufgeführt wird, falle, da sonst das Gesetz in den §§ 1370, 2019 BGB. eine Tautologie enthalten würde, die mit der sorgfältigen Redaktion des BGB. nicht im Einklang stehen würde.

Die h. L. ist von Schulz[31]) und Hans Albrecht Fischer[32]) angegriffen worden. Beide bekämpfen den von der h. L. aus den §§ 1370 und 2019 BGB. gezogenen Umkehrschluß mit sehr beachtlichen Gründen. Dennoch ist ihr Ergebnis, zu dem sie auf verschiedenen Wegen gelangen, abzulehnen.

Es ist allerdings Fischer zuzugeben, daß sich der Standpunkt der h. L. nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut begründen läßt. Auch die Gesetzesmaterialien geben keine durchaus zuverlässige Grundlage ab. Die Motive[33]) lehnen jedenfalls die

30) Vielmehr soll, wenn der Bereicherte infolge rechtsgeschäftl. Veräußerung zur Herausgabe außerstand ist, gem. § 818 II BGB. nur eine Verpflichtung z. Werterſatz bestehen. Enneccerus-Lehmann Bd.2 S.707 m. Anm.7, Oertmann § 818 Anm. 2c, aa, Staub-Könige HGB. Anh. zu § 346 Anm. 7, Staudinger § 818 Anm. 2c, Warn. § 818 Anm. 1, RGRKomm,. § 818 Anm. 4, Crome § 323 Anm. 37 ,Ebbecke im Recht 1912 Seite 749, v. Mayr Seite 612, Römer Seite 344 ff., RGZ. 86 Seite 347, 101 Seite 391 — abweichend RGZ. 98/135, jedoch mit richtigem Ergebnis.

31) Seite 339 ff., 343 ff.

32) Seite 32 ff.

33) Bd. II Seite 838 ff.

Einbeziehung des rechtsgeschäftlichen Erwerbes nicht ab. Dort heißt es: „Es fehlt an jedem Grunde, daß aus dem Geleisteten Erworbene anders zu beurteilen als das Geleistete. Freilich kann die ausdrückliche Gleichstellung insofern bedenklich erscheinen, als Zweifel entstehen können, inwiefern der nur indirekte oder rechtsgeschäftliche Erwerb zu dem Erwerb aus dem Empfangenen gehört. Es kann aber darauf vertraut werden, daß Praxis und Wissenschaft in der richtigen Abgrenzung nicht fehl gehen werden. Der Versuch, durch Detailbestimmungen in Ansehung der hauptsächlich in Betracht kommenden Leistungsfälle den mit herauszugebenden oder zu vergütenden Erwerb festzustellen, würde auch nicht zum Ziele führen." Die Protokolle[34]) dagegen bemerken zu der von der 2. Kommission getroffenen Fassungsänderung — es wurde der § f des Gegenentwurfs zu § 740 E I angenommen und abgesehen von den an anderer Stelle geregelten Nutzungen damit im wesentlichen die Fassung des § 818 BGB. hergestellt — man habe damit zu deutlicherem Ausdruck bringen wollen, daß sich die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Wertvergütung nicht auf dasjenige erstrecken soll, was der Bereicherte durch willkürliche Verfügung über den erlangten Gegenstand erwirbt, daß vielmehr bezüglich dieses Erwerbes lediglich die Verpflichtung zur Wertvergütung gem. § 739 E in Frage komme.

Angesichts dieser widerspruchsvollen Stellungnahme der Gesetzesmaterialien wird man die Lösung aus einer genauen Betrachtung des Gesetzes selbst gewinnen müssen. Schulz a.a.O. will das Argumentum e contrario aus den §§ 1370, 2019 BGB. nicht gelten lassen. Er führt aus, in § 2019 BGB. sei z. B. nur von rechtsgeschäftlichem Erwerb die Rede, dennoch werde aber allgemein dem Condizenten ein Anspruch auf Herausgabe des vom Bereicherten erlangten Schadensersatzes zugebilligt. Schulz übersieht, daß beim § 2019 BGB. die Verhältnisse ganz anders liegen als bei § 818 BGB. Hier bedurfte es einer ausdrücklichen Bestimmung überhaupt nicht, daß das auf Grund eines zur Erbschaft gehörigen Rechtes oder auf Grund der Zerstörung, Beschädigung und Entziehung eines zur Erbschaft gehörigen Gegenstandes Erworbene auch zur Erbschaft gehört und im Verhältnis von Erbschaftsbesitzer und Erben zueinander als zur Erbschaft gehörig angesehen werden muß. In diesen Fällen erwirbt den Schadensersatzanspruch der Erbe selbst. Den Erbschaftsbesitzer kann infolgedessen ein Herausgabeanspruch überhaupt nicht treffen, da er ja nichts erworben hat. Ist dagegen der Schadensersatz an den Erbschaftsbesitzer ausbezahlt worden, so versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen, (§§ 812, 816 BGB.) von selbst, daß insoweit eine Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers besteht. Die gleiche

[34]) Bd. 2 Seite 709.

Rechtslage besteht z. B. auch bezüglich des nichtrechtsgeschäftlichen Erwerbes des Erbschaftsbesitzers, soweit er nicht schon nach §§ 2020 ff. BGB. herauszugeben ist, z. B. bezüglich der Schatzhälfte des Grundeigentümers (§ 984 BGB.) und der nach § 1163 BGB. erworbenen Eigentümergrundschuld an einem zum Nachlaß gehörigen Grundstück[35]).

Der Hinweis von Schulz auf § 2019 BGB. schlägt also nicht durch. Zudem ist auch angesichts der scharfen, sorgfältigen Terminologie des BGB. kaum anzunehmen, daß man in § 818 Abs. 1 BGB. wie auch in dem allgemeinen Satz des § 281 BGB., der insoweit den gleichen Wortlaut hat, den rechtsgeschäftlichen Erwerb unter dem „auf Grund eines erlangten Rechtes Erworbenen" mitverstanden wissen wollte, während man ihn in den §§ 1370, 2019 BGB. ausdrücklich hervorgehoben hat, und zwar in § 1370 BGB. neben dem sonstigen Surrogationserwerb.

Es müßten also schon Gründe der Rechtslogik für die Gewährung eines Anspruches auf Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Erwerbes sprechen. Dieser Ansicht ist offenbar Hans Albrecht Fischer[36]). Er wirft der h. L. vor, sie sei nicht folgerichtig; denn sie lasse zwar bei einer verlustbringenden rechtsgeschäftlichen Verfügung eine Minderung der Bereicherung eintreten, sie bejahe also den Kausalzusammenhang zwischen dem grundlosen Empfang und dem Vermögensstande des Bereicherten in dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit oder dem nach § 819 BGB. maßgebenden Zeitpunkt der Bösgläubigkeit oder des Ausfalls des mit der Leistung bezweckten Erfolges bzw. des nachträglichen Wegfalls des Rechtsgrundes, falls diese Ereignisse nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes als möglich angesehen worden sind; sie lasse aber eine gewinnbringende Verfügung den Kausalzusammenhang unterbrechen, indem sie einen Anspruch auf Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Erwerbes versage. M. E. muß auch dieses sehr beachtliche Argument versagen. Wenn vorher bemerkt wurde, der von der h. L. gezogene Schluß ergebe sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, so ist das nur insoweit richtig, als man den Wortlaut der §§ 818 Abs. 1 und 281 BGB. für sich allein betrachtet. Der von der h. L. aus den §§ 1370, 2019 BGB. gezogene Umkehrschluß erscheint aber dann überzeugend, wenn man § 816 BGB. in den Kreis der Betrachtung mit einbezieht. Dann ergibt sich nämlich die Richtigkeit der h. L. unmittelbar aus dem Gesetz. § 816 BGB. schließt nämlich den § 281 BGB., soweit das rechtsgeschäftliche Surrogat in Frage kommt, für das Gebiet des Bereicherungsanspruches aus, indem er die Pflicht zur Herausgabe des rechtsgeschäftlichen Surrogats auf den Fall der dem

35) Kipp, Erbrecht § 68 II 3; Planck § 2019 Anm. 5; Staudinger § 2019 Anm. 2a.

36) Seite 32 ff.

Berechtiglten gegenüber wirksamen Verfügung des Nichtberechtigten beschränkt[37]). § 818 BGB. betrifft jedoch nicht den Fall einer Verfügung des Nichtberechtigten, sondern den Fall der Verfügung eines Berechtigten (der allerdings ungerechtfertigt bereichert und daher hinsichtlich der Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet ist). Außerdem setzt § 816 BGB. einen Eingriff in fremde dingliche Rechte voraus. Man wird nun mit Bezug auf den bloß um den Besitz Bereicherten nicht mit Unrecht einwenden, dieser sei ja gewiß nicht befugt, dinglich über die in seinem Besitz befindliche (für ihn fremde) Sache zu verfügen. Das ist allerdings richtig, steht aber der h. L. auch für den Fall der Besitzeskondiktion nicht entgegen. Man muß sich frei machen von der Vorstellung, daß der Besitzeskondizent mit dem Eigentümer oder sonstigen dinglich Berechtigten, in dessen Rechte durch die wirksame Verfügung eingegriffen wird, in jedem Falle identisch sei. Gewiß wird der Besitzeskondizent und der Sacheigentümer vielfach ein und dieselbe Person sein. Dann wird der Berechtigte i. S. von § 816 BGB. durch die Verfügung des Bereicherten aber nicht in seiner Eigenschaft als Kondiktionsberechtigter, sondern als Eigentümer oder sonstiger dinglich Berechtigter betroffen. Infolgedessen erwächst ihm dann auch, soweit in sein dingliches Recht wirksam eingegriffen worden ist, ein Anspruch auf das rechtsgeschäftliche Surrogat aus § 816 BGB. Dieser Anspruch entsteht an Stelle des durch die wirksame Verfügung des Nichtberechtigten verloren gegangenen dinglichen Anspruchs (rei vindicatio), nicht aber, weil die daneben bestehende Condictio auf das Erlangte (d. i. hier der Besitz) nicht mehr zum Ziele führen kann. Sind Besitzeskondizent und Eigentümer verschieden, so kann § 816 BGB. zur Begründung eines Anspruches für den Besitzeskondizenten nicht herangezogen werden. Dieser ist vielmehr auf §§ 812, 818 BGB. beschränkt, die im Gegensatz zu § 816 BGB. sich ihrem Wortlaut nach nicht auf das rechtsgeschäftliche Surrogat beziehen. Man wird hiernach den Schluß ziehen dürfen, daß abgesehen vom Fall des § 816 BGB. ein Anspruch auf das rechtsgeschäftliche Surrogat nicht gegeben ist.

Dies Ergebnis kann auch nicht als unbillig angesehen werden; denn der rechtsgeschäftliche Erwerb ist in der Regel, sofern er über den bloßen Wert des Erlangten hinaus geht, nicht lediglich eine Folge der Bereicherung, die natürlicher Weise und regelmäßig von dieser hervorgerufen wird, sondern mit in erster Linie auf die persönliche Tüchtigkeit des Erwerbers zurückzuführen[38]). Dieser Rechtfertigungsgrund liegt allerdings da nicht vor, wo ein reiner Konjunkturgewinn in die Tasche des Bereicherten geflossen ist. Für diesen Fall gibt jedoch das Gesetz wiederum m. E. die Handhabe,

---

37) Vergl. Enneccerus-Lehmann Bd. 2 Seite 707 Note 7.
38) Vergl. Römer Seite 346.

einen solchen Gewinn dem Bereicherten zu entziehen und auf diese Weise den mit dem Institut des Bereicherungsanspruches vom Gesetz angestrebten billigen Ausgleich herbeizuführen. War nämlich z. Zt. der Veräußerung durch den Bereicherten auf Grund veränderter Konjunktur der Wert der Sache höher als z. Zt. der Erlangung, so ist dieser Konjunkturwertzuwachs herauszugeben. Nach § 818 BGB. ist, soweit Wertersatz in Frage kommt, der objektive Wert zu ersetzen. Darüber, welcher Zeitpunkt für die Feststellung des Wertes maßgebend ist, schweigt das Gesetz. Es ist somit Sache einer vernünftigen Auslegung, den richtigen Zeitpunkt festzustellen. Die meisten Schriftsteller sind nun allerdings der Ansicht, daß für die Wertberechnung der Zeitpunkt des Erlangens maßgebend sei[39]). Diese Ansicht führt aber nicht zu dem m. E. gewünschten Ergebnis. Sie widerspricht auch dem Gesetz. Man wende nicht ein, der Wertzuwachs sei nicht aus dem Vermögen des Kondizenten, also nicht im Sinne des Gesetzes (§ 812 BGB.) auf dessen Kosten, in das Vermögen des Bereicherten gelangt. Aus dem Vermögen des Kondizenten in das des Bereicherten gelangt ist der das erlangte Etwas im Sinne des § 812 BGB. bildende Gegenstand als solcher. Dieser bildet den primären Inhalt des Bereicherungsanspruches. Wird nun der Gegenstand von dem Bereicherten zurückgewährt, nachdem er inzwischen eine konjunkturelle Wertsteigerung erfahren hat, so erhält der Kondizent in Gestalt des Gegenstandes notwendig einen höheren Wert zurück, als er seinerzeit an den Bereicherten verloren hat. Ist der erlangte Gegenstand in Natur zurückzugewähren, so wird er immer in seinem jeweiligen Wertzustande zurückgewährt. Dies kann man sich am besten klar machen an dem Beispiel eines Wertpapieres mit wechselndem Kurse oder einer Ware mit schwankendem Marktpreis.

Für den Fall, daß der Gegenstand nicht in Natur zurück gegeben wird, sondern Wertersatz zu leisten ist, darf m. E. der Kondizent nicht schlechter gestellt werden, zumal ja die Umstände, die eine Rückgewähr in Natur verhindert haben, meist nicht auf sein Verhalten, sondern auf das des Bereicherten zurück zu führen sind. Eine völlige Gleichstellung der Fälle des Wertersatzes mit denen der Naturalherausgabe für alle in Frage kommenden Fälle in dem Sinne, daß der Zeitpunkt der Rückgewähr bzw. Ersatzleistung maßgebend ist, wird sich jedoch wegen der Beschränkung der Bereicherungshaftung auf die noch vorhandene Bereicherung nicht restlos durchführen lassen. Man wird jedenfalls dann den Zeitpunkt der Ersatzleistung entscheiden lassen können, wenn die Wertersatzpflicht deswegen eintritt, weil die Naturalherausgabe wegen der Be-

[39]) Staudinger § 818 Anm. 4b, Warn. § 818 II, Crome § 323 II b, RGZ. Band 101, Seite 389. Jur Wschr. 1925 Seite 465 mit zustimmender Besprechung von Locher.

schaffenheit des Erlangten nicht mehr möglich ist[40]); denn in diesem Falle ist der erlangte Wert im Zeitpunkt der Ersatzleistung ja noch im Vermögen des Bereicherten. Für den hier interessierenden Fall der entgeltlichen Veräußerung des ursprünglich Erlangten kommt dagegen m. E. der Zeitpunkt der Ersatzleistung nicht in Frage. Ist nämlich der objektive Wert des Gegenstandes in der Zeit zwischen Veräußerung und der Zeit der Leistung des Wertersatzes gestiegen, so ist der Bereicherte um den nach der Veräußerung eingetretenen Wertzuwachs (Kurssteigerung) überhaupt nicht bereichert. Will man einen in die Tasche des Bereicherten geflossenen Konjunkturgewinn mit erfassen, so muß man m. E. den Zeitpunkt des Eintritts der Werterssatzpflicht, also den Zeitpunkt der Veräußerung, der Wertberechnung zugrunde legen[41]). Der Bereicherte kann sich in diesem Fall auch nicht darauf berufen, daß in der Zeit nach der Veräußerung der Wert des Gegenstandes gefallen sei (Kurssturz); denn der z. Zt. der Veräußerung gezahlte höhere Preis befindet sich ja in seinem Vermögen. Diese Lösung entspricht m. E. durchaus dem Sinne des Gesetzes (§ 818 Abs. 1 BGB.), das die Verpflichtung zur Herausgabe u. a. auch auf die gezogenen Nutzungen erstreckt. Konjunkturgewinne sind etwas die Nutzungen wirtschaftlich sehr Ähnliches. Ihre entsprechende Behandlung ist daher gerechtfertigt.

In diesem Zusammenhang ist nunmehr noch ein neuerdings wieder viel beachtetes und auch zur Entscheidung des Reichsgerichts[42]) gelangtes Problem zu erörtern. Es handelt sich um die Frage, ob nach erfolgter Ersitzung noch Raum für eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung ist[43]). Diese Frage gehört deswegen hierher, weil das im Falle ihrer Bejahung zurückzuübertragende auf Grund der Ersitzung erlangte Eigentum als Surrogat des sine causa erlangten Besitzes anzusehen wäre.

Bis Oertmann[44]) vor noch nicht allzu langer Zeit die damals noch vereinzelt dastehende Ansicht Martin Wolffs[45]) nachgeprüft und gebilligt hatte, galt es als feststehender Satz, daß

---

[40]) Vergl. den Fall der Entsch. des RG. in Jur. Wschr. 1931 Seite 3271 (Unmöglichkeit der Herausgabe eines sine causa erlangten Grundstücks aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten, weil der Bereicherte dasselbe mit wertvollen Grundstücken bebaut hatte, und daher Werterssatz).

[41]) Vergl. RGRKomm. zu § 818 Seite 525 unten, Römer Seite 346 ff.

[42]) RGZ. 130 Seite 69.

[43]) Oertmann im Recht 1910 Seite 585; Wolff § 71 IV; Enneccerus-Lehmann Bd. 2 § 219 Anm. 19; Staudinger Bem. 4a zu § 937; RGRKomm. § 812 Anm. 6c Seite 503; v. Gierke Bd. 3 Seite 999 Anm. 19; Jung Seite 34 ff.; Haymann in Iherings J. Bd. 77 Seite 268 ff.; JurWschr. 1931 Seite 1030. Krawielicki in Iherings J. Bd. 81 Seite 289 ff.; Franz Leonhard, Bes. Schuldrecht Seite 479; Bödecker a.a.O.

[44]) Recht 1910, Seite 585; vergl. jetzt auch Kommentar Vorbem. 2c, bb zu §§ 812 ff.

[45]) Sachenrecht § 71 IV.

nach vollendeter Ersitzung jegliche Kondiktion ausgeschlossen sei. Auch bei der Schaffung des BGB. ist man offensichtlich hiervon ausgegangen. § 748 Abs. 2 des E I, wonach es im Zweifel als rechtlicher Grund anzusehen sein sollte, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruhe, hatte in erster Linie den Fall der Ersitzung im Auge[46]), und wenn auch dieser Satz nicht Gesetz geworden ist, weil man ihn in seiner allgemeinen Fassung nicht für zutreffend hielt, so lassen doch die Protokolle erkennen, daß jedenfalls im Verhältnis zwischen dem Verlierenden und dem Erwerbenden im Falle der Ersitzung nichts geändert werden sollte. In der Tat läßt sich auch manches für den Ausschluß eines jeden Bereicherungsanspruches nach Vollendung der Ersitzung anführen. Insbesondere wird man sich auf den Zweck der Ersitzung berufen können, die verhindern soll, daß ein seit langem bestehender Zustand rechtlich wieder in Streit gezogen wird[47]). Ferner läßt sich sehr leicht aus § 951 BGB. der für die dort in Frage kommenden dinglichen Rechtsverschiebungen einen Ausgleich nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gewährt, während bei der Ersitzung ein solcher nicht vorgesehen ist, leicht ein Umkehrschluß dahin gewinnen, daß bei der Ersitzung die Kondiktion ausgeschlossen ist[48]).

Dennoch erscheint mir diese Rechtsansicht wegen ihrer Folgen unannehmbar. Auf diese Folgen hat als Erster Martin Wolff[49]) hingewiesen. Er bildet folgendes Beispiel: Eine gestohlene Sache wird auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags an einen redlichen Käufer veräußert (§ 935 BGB.!) und von diesem ersessen. In diesem Falle, so sagt Wolff, müsse die Sache ebenso kondiziert werden können wie eine nicht abhanden gekommene Sache, die auf gleich wankenden Grunde veräußert worden ist. Dieses Beispiel ist m. E. überzeugend. In § 935 BGB. ist der unmittelbare auf den guten Glauben gestützte Traditionserwerb für abhanden gekommene

---

[46]) Motive III, 353: „weil es nicht gerechtfertigt sein würde, den mit der Ersitzung verbundenen Vorteil mittelbar und materiell wieder zu entziehen." Vergl. auch Protokolle VI Seite 234 ff gegen Strohal, der den Ersitzungseigentümer nach der Ersitzung aus einem bestehenden Miet-, Leih- oder Verwahrungsverhältnis und dergl. weiter haften lassen will (Iherings Jahrb. 34/365): Es besteht kein Grund, dem Bekl. den Einwand der Ersitzung zu entziehen. Es würde im Gegenteil der Wert des Instituts der Ersitzung erheblich abgeschätzt werden, wenn der in der Ersitzungslage Befindliche erst nach der Verjährung der aus dem Miet- oder Leihvertrag sich ergebenden Ansprüche des Kl. die Ersitzung für sich geltendmachen könnte.

[47]) Ratio ne rerum dominia diutius in incerto essent cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium (Gaius II 44 und D 41, 31). Ut aliquis litium finis esset (D 41, 10,5 pr.). Haymann JW. 1931, 1030 und Iher. Jb. 77 Seite 268 ff., 272 ff.; v. Gierke Band 3 Seite 999 Anm. 19; Jung Seite 34; und Bürgerl. R. Seite 955, 759, 695; vergl. v. Mayr Seite 381 ff., 431; Ihering in Iherings J. 16, 274 ff.

[48]) So ausdrücklich Haymann in Jur.Wschr. 1931 Seite 1031 Sp. 1.

[49]) Sachenrecht § 71 IV.

Sachen ausgeschaltet. An seine Stelle tritt der an erschwerte Voraussetzungen geknüpfte Ersitzungserwerb. Die Ersitzung heilt also den Mangel des Erwerbsaktes. Sie betrifft die dingliche Seite, die unmittelbare absolute Rechtsverschiebung.

Nun ist allerdings richtig, daß die Ersitzung im Verhältnis von früherem Eigentümer und Ersitzenden den Rechtsgrund für den Erwerb des letzteren bildet, insoweit also keinen Raum für einen Bereicherungsanspruch des früheren Eigentümers als solchen gegen den Ersitzenden läßt[50]). Das ist unstreitig, läßt aber nicht den Schluß zu, daß auch eine gegen den Ersitzenden während dessen Ersitzungszeit wegen grundlosen Erwerbs des Ersitzungsbesitzes bestehende condictio possessionis mit Vollendung der Ersitzung erlöschen muß. Daß dies in der Tat nicht zutreffend sein kann, hat das R.G.[51]) neuerdings an Hand eines sehr lehrreichen Falles überzeugend dargetan. Der Tatbestand dieser Entscheidung, in der sich das R.G. der von Wolff und Oertmann[52]) vertretenen Ansicht angeschlossen und die Möglichkeit einer condictio nach Vollendung der Ersitzung bejaht hat, ist in seinem hier in Frage kommenden Teil folgender: Die im Jahre 1914 entmündigte, aber bereits 1908 geisteskranke Klägerin hatte im Jahre 1908 dem bayrischen Staat für die Pinakothek in München 66 Originalwerke Adolf von Menzels zum Geschenk gemacht. Gegenüber der im Jahre 1929 erhobenen Klage auf Herausgabe der Bilder berief sich der beklagte Fiskus auf Ersitzung (§ 937 BGB.). Dennoch erklärt das R.G. die Klage für begründet, weil infolge der Geisteskrankheit der Klägerin nicht nur der Eigentumsübergang auf den Beklagten auf Grund der Übergabe, sondern auch die zugrunde liegende Schenkung nichtig gewesen sei. Infolgedessen sei der Beklagte um den Besitz der Bilder ungerechtfertigt bereichert gewesen. Das später durch die Ersitzung erworbene Eigentum sei nichts anderes als das nach § 818 Abs. 1 BGB. herauszugebende Surrogat des sine causa erlangten Besitzes, auf Grund dessen die Ersitzung erfolgt ist.

Für die Richtigkeit dieser Entscheidung spricht m. E., daß sie sich zwanglos in das Bereicherungsrecht einpaßt, während der gegenteilige Standpunkt zu dem absonderlichen Ergebnis führt, daß ein voll Geschäftsfähiger, der sine causa Eigentum durch Tradition übertragen hat, den Erwerber noch 30 Jahre lang (Verjährungsfrist) aus ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch nehmen kann, daß aber die Bereicherungshaftung desjenigen, der von einem Ge-

[50]) Unrichtig daher Oertmann, Recht 1915, Seite 515 und Krawielicki in IheringsJb. Band 81 Seite 289 ff., die grundsätzlich dem Eigentümer den Kondiktionsanspruch gewähren (Seite 292). Der Rechtsgrund liegt hier in dem überwiegendem Interesse des Ersitzenden gegenüber dem bisherigen Eigentümer. Vergl. Jung Seite 34.

[51]) RGZ. 130 Seite 69.

[52]) in seinem älteren Aufsatz im Recht 1910, Seite 585.

schäftsunfähigen auf Grund der Tradition zunächst nur besitzt und erst durch Ersitzung Eigentum erworben hat, bereits 10 Jahre nach Erlangung des Besitzes erlischt. Zutreffend führt das R.G.[53]) aus, es sei kein ausreichender Anhalt dafür ersichtlich, daß der Gesetzgeber den Ersitzungserwerb in dieser Art vor dem Traditionserwerb habe bevorzugen wollen. M. E. wird man sogar mit Gewißheit eine solche Bevorzugung für ausgeschlossen halten dürfen; denn im Rahmen der Behandlung, die das BGB. den Rechtshandlungen Geschäftsunfähiger zuteil werden läßt, erscheint es geradezu ausgeschlossen, daß es ihnen nach irgendeiner Richtung hin stärkere Wirkung beilegt als denen Vollgeschäftsfähiger. Das wäre aber der Fall, wenn man denjenigen, der sine causa vom Geschäftsunfähigen erworben hat, nur 10 Jahre, denjenigen aber, der vom Vollgeschäftsfähigen erworben hat, 30 Jahre lang aus ungerechtfertigter Bereicherung haften lassen wollte.

Es ist denn auch denjenigen, die aus der ratio ut aliquis litium finis esset[54]) den Ausschluß jeglicher condictio folgern, entgegen zu halten, daß aus dieser ratio nur ein Ausschluß der Streitigkeiten zwischen altem und neuem Eigentümer in ihrer Eigenschaft als Eigentümer, nicht aber in ihrer Eigenschaft als des um den Besitz Entreicherten einerseits und des um den Besitz Bereicherten andererseits zu folgern ist. Das bringt auch die cit. Gaius-Stelle II 44 durch ihren Wortlaut zum Ausdruck: ne rerum d o m i n i a diutius in incerto essent. Es ergibt sich dies aber weiter auch aus folgender Überlegung: Der Erwerb durch Tradition ist das Normale. Die Ersitzung ist nur ein behelfsmäßiger Erwerbstatbestand. Die Rechtsordnung kommt dem gutgläubigen Besitzer, dem der Traditionserwerb[55]) aus irgendwelchen Gründen versagt war, unter billiger Berücksichtigung seines Schutzbedürfnisses und seines berechtigten Interesses entgegen, indem sie ihn nach Ablauf der Ersitzungszeit einem solchen Erwerber gleichstellt, der unmittelbar durch gültige Tradition Eigentum erworben hat. Sie läßt den Mangel des Erwerbstatbestandes heilen, indem sie durch Verleihung des Eigentums an den Ersitzungsbesitzer einem seit 10 Jahren tatsächlich bestehenden Zustande die rechtliche Anerkennung verleiht. Kommt aber die Rechtsordnung dem berechtigten Wunsche des Ersitzenden entgegen, endlich so dazustehen, als ob er bereits durch Tradition Eigentum erworben hätte, so ist es nur durchaus billig, daß er auch in jeder Hinsicht wie ein Eigentümer behandelt wird, der durch Tradition Eigentum erworben hat, d. h. daß er sich gleich diesem im

[53]) RGZ. 130 Seite 73, a. E.; vergl. auch Oertmann Vorbem. 2c vor § 812 und Wolff § 71 Note 19 sowie Enneccerus-Lehmann Band 2 § 219 Note 19.

[54]) Jung Seite 34, Heymann JW. 1931 Seite 1030 ff. vgl. auch Mügel JW. 1933 Seite 1230, bes. 1232.

[55]) oder der Erwerb durch Aneignung.

Falle einer sine causa erfolgten Tradition (die dem Ersitzenden allerdings nur den Besitz verschafft hat) sich die condictio entgegen halten lassen muß.

Man wrd demnach der Ansicht Wolffs und Örtmanns zustimmen müssen, daß auch nach vollendeter Ersitzung eine condictio möglich ist, falls der zur Ersitzung führende Besitz von dem Ersitzenden sine causa erworben war.

Die gegenteilige Ansicht beruht m. E. auf dem Fehler einer Vermengung der Begriffe der Ersitzung und der Verjährung. Dies ist am deutlichsten zu erkennen bei der Stellungnahme von Jung[56]), der zutreffend die Gründe der Ersitzung im Verhältnis der Beteiligten zur Gesamtheit und nicht im Innenverhältnis der Beteiligten findet, in der Klarstellung der Wertverteilungsverhältnisse für Dritte durch die Abschneidung zu weit zurückgehender Beweiserhebungen. Infolgedessen hält Jung die Kondizierbarkeit des ersessenen Wertes für durchaus denkbar[57]). Dennoch kommt Jung zu dem Schluß, „daß es weitere Erwägungen aus dem Zwecke des Institutes sind, die die Kondiktion ausschließen; daß nämlich ein Rückgriff auf die Zeit von vor 10 Jahren nunmehr auch für das obligatorische Verhältnis zum Ersitzungsgegner ausgeschlossen sein soll, damit auch nicht so indirekt die seinerzeitige Art der Erlangung der Sache wieder beweisfällig werden kann."

Dieser Schluß ist m. E. nicht zwingend. Jung legt der Ersitzung offensichtlich den Verjährungsgedanken zugrunde[58]). Ersitzung und Verjährung sind aber ganz verschiedene Rechtsinstitute. Es ist auch m. E. zum mindesten unzweckmäßig, von einer rechtszerstörenden und rechtserwerbenden Verjährung zu sprechen, und unter dem Begriff der letzteren die Ersitzung zu bringen. Wörtlich genommen ist eine solche Terminologie nach dem Recht des BGB. sogar unzutreffend; denn die echte Verjährung im Sinne der §§ 194 ff., 222 BGB. ist garnicht rechtszerstörend, sondern schafft nur ein Leistungsverweigerungsrecht (Einrede) und die sogenannte rechtserwerbende Verjährung ist ein Fall der dinglichen Rechtsverschiebung. Auch in der gesellschaftlichen Einschätzung der beiden Rechtsinstitute Verjährung und Ersitzung prägt sich ihre inhaltliche Verschiedenheit aus. Bei der Geltendmachung der Verjährung ist man sich im Klaren, daß sie in vielen Fällen ein offenbares Unrecht ist. Die Rechtsordnung geht ja selbst davon aus, da sie den verjährten Anspruch als solchen ja fortbestehen läßt und die Geltendmachung der Verjährungseinrede dem Belieben des Schuldners anheim stellt. Vom Standpunkt eines geläuterten Rechts- und Standesgefühles wird daher die Geltendmachung der Verjährung mit Recht als unanständig empfunden. Wenn die Rechtsordnung

[56]) Bereicherungsansprüche Seite 34/35.
[57]) Jung a.a.O.
[58]) Jung, Bürgerl. R. Seite 955, 759, 695.

ein solches Unrecht in Kauf nimmt, so geschieht dies nur deshalb, um ein evtl. noch größeres Unrecht zu vermeiden, das eintreten könnte, wenn ein bereits befriedigter Gläubiger oder ein Gläubiger mit einer unbegründeten Forderung an den Schuldner nach Jahr und Tag heran träte, dem dann die Beibringung der Gegenbeweise unmöglich sein würde. Es liegt hier also ein Fall der Gerechtigkeit in der Positivität vor[59]).

Anders liegt der Fall bei der Ersitzung. Hier tritt auf Grund bestimmter Faktoren (Zeitablauf und guter Glaube des Ersitzenden) eine dingliche Rechtsverschiebung ein. Der Ersitzende ist nach Vollendung der Ersitzung nunmehr der Berechtigte. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß er das erlangte dingliche Recht auch behalten darf. Es liegt vielmehr durchaus im Rahmen unseres Bürgerlichen Rechtes, daß eine dingliche Rechtsverschiebung, die im Interesse des Verkehrsschutzes zum Zwecke der Klarstellung der Verhältnisse von der Rechtsordnung anerkannt worden ist, im Innenverhältnis unter den Beteiligten durch die condictio wieder zum Ausgleich gebracht wird[60]). Dies muß nach dem hier vertretenen Standpunkt dann geschehen, wenn der Besitz, der zur Ersitzung geführt hat, sine causa erlangt war. Dann steht die condictio auf das durch die Ersitzung erlangte Eigentum nicht dem Eigentümer als solchem, sondern dem bereits vor der Ersitzung zur condictio possessionis Legitimierten zu[61]). Dieser letzte Satz erleidet allerdings eine Einschränkung, die sich aus dem Wesen unseres Bereicherungsrechts ergibt. Der Bereicherungsanspruch kann sich nämlich immer nur auf das erstrecken, was auf Kosten des Entreicherten erworben ist. Daraus folgt, daß, wenn die Person des entreicherten Besitzers und des Eigentümers auseinanderfallen, der entreicherte Besitzer nur dann noch die condictio gegen den Ersitzenden auf Herausgabe des ersessenen Eigentums haben kann, wenn er vorher gutgläubiger Eigenbesitzer gewesen ist, sich also in Ersitzungslage befunden hat; denn auf Kosten des Vorbesitzers kann der Ersitzende sein Eigentum nur dann erlangt haben, wenn der Vorbesitzer, falls er im Besitz geblieben wäre, ebenfalls dieses Eigentum erlangt hätte[62]). War der Vor-

[59]) Vergl. Jung, Bürgerl. R. Seite 465 ff; Windscheid-Kipp § 105 Seite 544; teilweise anders Bödecker Seite 22.

[60]) Die Gegenansicht führt zu dem Ergebnis, daß der Besitzbereicherungsanspruch gegen einen redlichen Besitzer statt in 30 in 10 Jahren verjährt, wofür das Gesetz keinen Anhalt bietet. Vergl. Hölder im Arch. Bürg. R. 11 Seite 283 ff. Durch den Eigentumserwerb des Ersitzenden erlischt vielmehr nur kraft Gesetzes die rei vindicatio des bisherigen Eigentümers. Es ist daher theoretisch unrichtig, wenn Hölder im Komm. Anm. 3 zu § 195 die Ansicht vertritt, die Vindikation gegen einen redlichen Besitzer „verjähre" in 10 Jahren.

[61]) Oertmann im Recht 1910 Seite 585 ff. und Komm. § 812 Vorb. 2c Seite 1330. RGRKomm. Anm. 6c zu § 812;

[62]) Vgl. Stieve Seite 79/80, Krawielicki in JherJ. 81 Seite 292 -294, Haymann in JW. 1931 Seite 1031.

besitzer dagegen bösgläubig, so kann er das vom Ersitzer erworbene Eigentum nicht herausverlangen, da er selbst im Wege der Ersitzung nie das Eigentum hätte erwerben können. Abzulehnen ist daher die Ansicht Martin Wolffs (§ 71 IV), der auch dem bösgläubigen Besitzer die condictio auf Rückgewähr des Eigentums zuspricht und den alten Eigentümer gemäß § 816 Abs. 1 BGB. darauf verweist, sich diese condictio abtreten zu lassen. Die Frage ist nur die, ob hier der Ersitzer das Eigentum behalten soll. Das aber muß verneint werden. Es ist nicht der geringste Grund ersichtlich, weshalb der Ersitzende im Falle der Bösgläubigkeit des Vorbesitzers besser gestellt werden sollte als im Falle der Gutgläubigkeit, da es sich hier um Umstände handelt, auf die der Ersitzende gar keinen Einfluß hat. Oertmann[63]) und Krawielicki[64]) kommen von ihrem Standpunkt, daß grundsätzlich die condictio dem bisherigen Eigentümer zustehe, zu dem Ergebnis, daß auch im vorliegenden Falle der Eigentümer kondizieren könne. Ihre Begründung ist aber, wie bereits dargelegt, unzutreffend, da die Ersitzung im Verhältnis vom alten Eigentümer und Ersitzer garnicht des Rechtsgrundes entbehrt und daher eine condictio des bisherigen Eigentümers ausgeschlossen ist, abgesehen davon, daß es beim Auseinanderfallen der Person des Voreigentümers und Vorbesitzers an der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung zwischen dem Voreigentümer und dem Ersitzer fehlen würde, weil der Vorbesitzer sich zwischen Eigentümer und Ersitzer einschiebt. Dennoch kommt man auch hier zu einer condictio des alten Eigentümers, wenn auch mit anderer Begründung. Diese condictio läßt sich mit entsprechender Anwendung des § 816 Absatz 1 Satz 2 BGB. begründen. Nach dieser Vorschrift muß derjenige, der von Seiten eines Nichtberechtigten in wirksamer Weise unentgeltlich erworben hat, den erworbenen Vermögensvorteil an den Berechtigten herausgeben. Ein wirksamer Erwerb im Sinne des § 816 BGB. liegt hier vor, denn die ursprünglich unwirksame Verfügung des bösgläubigen Vorbesitzers hat durch die Ersitzung nachträglich Wirksamkeit erlangt[65]). Allerdings ist diese Verfügung nicht unentgeltlich erfolgt. Mit Oertmann möchte ich jedoch der unentgeltlichen Verfügung des Nichtberechtigten diejenige gleichstellen, bei der der Nichtberechtigte ohne Rechtsgrund verfügt hat und nun das Eigentum erst durch Ersitzung übergeht. Entscheidend ist nämlich, daß auch in diesem Falle im Endergebnis keine Gegenleistung des Empfängers vorliegt, da der Empfänger die etwa schon gemachte Gegenleistung seinerseits wieder als sine causa bewirkt kondizieren kann und jedenfalls das Eigentum jetzt ohne Gegenleistung, nämlich

[63]) Vgl. Recht 1915 Seite 512.
[64]) Vgl. a.a.O. Seite 292—294.
[65]) Vgl. Oertmann in Recht 1915 Seite 515.

durch Ersitzung, erwirbt. Diese Ansicht ist auch neuerdings von Mügel[66]) gebilligt worden.

Die hier vertretene Ansicht, daß eine vor der Ersitzung gegen den Ersitzenden bestehende condictio possessionis auch nach der Ersitzung fortbesteht und sich in eine condictio des Eigentums umwandelt, wird mit verschiedener Begründung von Mügel[67]) und Gerda Göppert[68]) bekämpft. Mügel verweist in Anlehnung an Planck[69]) auf die Fälle, in denen z. B. der Erbe eines Mieters, Entleihers oder Verwahrers die Sache in Unkenntnis des Vertrages in Eigenbesitz nimmt und ersitzt. In diesem Falle soll nach Mügel[70]) und Planck[71]) kein Rückgabeanspruch des Vermieters, Verleihers oder Hinterlegers bestehen, weil, wenn der Vermieter usw. die Sache zurückerhalten würde, der Ersitzer die Sache sofort wieder gemäß § 985 BGB. vindiziren könnte, ohne daß gemäß § 986 BGB. der Vermieter usw. sich demgegenüber auf ein Recht zum Besitz berufen könnte. Dem Herausgabeverlangen aus dem Mietvertrag usw. stehe daher der Satz entgegen: dolo facit qui petit quod redditurus est. Selbst wenn man dieser immerhin zweifelhaften Rechtsauffassung (vergleiche Seite 29 mit Anm. 60) folgen wollte, so beweist dieser Hinweis jedoch m. E. nichts für die Frage des Fortbestehens der condictio gegen den Ersitzer. Mügel übersieht hier die Vorschrift des § 818 BGB., wonach die Verpflichtung des Bereicherten sich auch auf dasjenige erstreckt, was der Bereicherte auf Grund des erlangten Rechts erworben hat. Gerda Göppert[72]) meint nun allerdings, daß § 818 BGB. nicht anwendbar sei, weil der Ersitzer das Eigentum originär erwerbe. Sie führt als Beispiel den Fall an, daß gestohlenes Getreide als Darlehn gegeben und der Darlehnsempfänger das Eigentum durch Vermischung erwerbe, ferner den Fall, daß jemand auf Grund eines Kaufvertrages gestohlene Ziegelsteine liefere, die dann durch Einbau in das Grundstück in das Eigentum des Käufers übergehen. In diesen Fällen liege ein originärer Eigentumserwerb vor. Im ersten Falle sei daher kein Darlehn zustande gekommen, da nach dem

66) In JW. 1933 Seite 1232.
67) in JW. 1933 Seite 1230.
68) in JherJ. 72 Seite 425 ff.
69) a.a.O. § 937 Anm. 3.
70) a.a.O. Seite 1232.
71) a.a.O.
72) a.a.O. Seite 445 ff., die übrigens eine condictio des früheren Eigentümers für begründet erachtet, räumt damit für den Fall der Verschiedenheit der Person des Voreigentümers und des Besitzübertragenden das Bedenken aus, daß die Vermögensverschiebung zwischen dem Voreigentümer und dem Ersitzer keine unmittelbare sei, denn wenn das Ersitzeigentum nicht auf die Besitzübertragung zurückzuführen ist, so muß der Besitzübertragende als Zwischenperson, die der Unmittelbarkeit der Bereicherung im Wege stehen könnte, außer Betracht bleiben.

BGB. derivativer Eigentumserwerb erforderlich ist[73]). Im zweiten Falle liegt keine gehörige Erfüllung des Kaufvertrages vor. Diese Beispiele sind allerdings richtig, sie sind aber nicht geeignet, für die hier zu entscheidende Frage irgendwelchen Beweis zu erbringen. Die Ersitzung ist allerdings ebenfalls eine originäre Eigentumserwerbsart. Ist aber vom bisherigen Eigentümer oder von einem gutgläubigen bereits in Ersitzungslage befindlichen Besitzer an einen ebenfalls Gutgläubigen Eigenbesitz übertragen worden, so läßt sich dennoch sagen, daß das aus diesem Eigenbesitz erwachsende Ersitzungseigentum auf Grund der Besitzübertragung erlangt ist. Dies ergibt sich aus dem § 943 BGB., wonach die zugunsten des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Rechtsnachfolger zustatten kommt. Die Rechtslage ist hier so, daß durch Übertragung des Besitzes von Seiten des gutgläubigen Vorbesitzers nicht bloß der Besitz als bloße Innehabung der Sache übertragen wird, sondern in seiner Funktion als Ersitzungsbesitz, der bereits den Keim des durch die Vollendung der Ersitzung entstehenden Eigentums in sich trägt. Das Ersitzungseigentum beruht also in diesem Falle auf der Leistung[74]).

Der hier gebilligte Standpunkt, daß die condictio gegen den Ersitzenden auch nach vollendeter Ersitzung möglich ist, sofern der Ersitzende den Ersitzungsbesitz sine causa erlangt hat, wird auch durch die römischen Quellen als richtig bestätigt. Ihering[75]) allerdings, der als Erster das Problem vom Standpunkt der römischen Quellen aus kritisch beleuchtet hat, glaubt aus den Quellen den Ausschluß der condictio nach Vollendung der Verjährung folgern zu müssen. Er gründet seine Ansicht auf l. 47 § 1 D 17,1 und l. 54 pr. D. 21,2: Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emptori teneri de evictione. Aus dem Ausschluß der Eviktionshaftung nach vollendeter Ersitzung folgert Ihering, daß nach der Ersitzung eine Bereicherungshaftung nicht mehr in Frage kommen könne, da anderenfalls im Falle der l. 47 cit. der Verkäufer nicht befreit sein und der Beauftragte nicht die actio mandati contraria haben könne. Ähnlich wie die beiden cit. Quellenstellen läßt sich auch die l. 60 D 46,3 aus, auf die zuerst Oertmann[76]) hingewiesen hat: Is qui alienum hominem in solutum dedit usucapto homine liberatur.

Dieser Argumentation ist jedoch nur insoweit zu folgern, als es sich um den Ausschluß der condictio des bisherigen Eigentümers

[73]) Siehe Planck, Anm. 4c zu § 607.
[74]) Anders ist es allerdings beim bösgläubigen Vorbesitzer. Dieser überträgt bloßen Besitz, keinen Ersitzungsbesitz, und kann daher, wie bereits oben auf Seite 29/30 dargelegt, nicht kondizieren.
[75]) in Iherings J. Band 16 Seite 274.
[76]) im Recht 1910 Seite 586.

gegen den Ersitzenden handelt. Mehr beweisen die angeführten Stellen, wie Oertmann zutreffend hervorhebt, nicht. Sie legen alle offenbar ein gültiges Kaufgeschäft zugrunde und lassen sich in keiner Weise darüber aus, daß auch im Falle der Nichtigkeit des Kaufgeschäfts für das Verhältnis des Verkäufers der fremden Sache zum Käufer die condictio ausgeschlossen sein soll.

Dagegen lassen sich drei Quellenstellen anführen, aus denen einwandfrei hervorgeht, daß derjenige, welcher sine causa den Besitz auf einen anderen übertragen hatte, im Falle der Ersitzung der übergebenen Sache durch den anderen das Eigentum kondizieren konnte. Es handelt sich um folgende drei Stellen:

1. L. 15 § 1 D 12,6: Sed etsi nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quem admodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem, sed et si possessionem tuam fecissem ita, ut tibi per longi temporis praescriptionem avocari non possit, etiam sic recte tecum per indebitam condictionem agerem.

2. L. 13 pr. D 39,6: Sie alienam rem mortis causa donavero, eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego si convaluero.

3. L. 33 ibidem: Qui alienam rem mortis causa traditam usucepit, non ab eo videretur cepisse, cui res fuisset sed ab eo, qui occasionem usucapionis praestitisset.

Aus allen drei Stellen geht eindeutig hervor, daß dem bisherigen Eigentümer durch die Ersitzung keine condictio erwächst, daß aber derjenige, der sine causa Besitz übertragen hat, auch nach der Ersitzung noch kondizieren kann. Die Beispiele sind besonders klar, weil bei ihnen die Person des bisherigen Eigentümers von der Person des Kondizenten verschieden ist.

Oertmann[77]) macht zutreffend darauf aufmerksam, daß die mit den von Jhering angezogenen Stellen in inhaltlichem Zusammenhang stehende l. 60 D 46,3 und die zur zweiten die Möglichkeit einer condictio bejahenden Gruppe gehörige l. 33 cit. von demselben Verfasser, nämlich von Paulus, herrühren und im selben Buch desselben Werkes stehen (... Paulus libro quarto ad Plautium). Daher, so folgert Oertmann zutreffend, könne ein Widerspruch zwischen den beiden Gruppen von Quellenstellen nicht vorliegen. In der Tat sind denn auch beide Gruppen inhaltlich miteinander durchaus vereinbar. Aus der ersten Gruppe folgt: Dem durch die Ersitzung enteigneten bisherigen Eigentümer erwächst als solchem durch die Tatsache der Ersitzung keine condictio. Aus der zweiten Gruppe folgt: der sine causa auf einen anderen den Besitz übertragen hat, hat zunächst eine condictio possessionis, nach der Ersitzung eine condictio rei. Beide Rechtssätze schließen einander

---

[77]) a.a.O.

nicht aus und bestätigen die Richtigkeit des oben für das geltende Recht gefundenen Ergebnisses.

Haymann[78]) hat ebenfalls dieses Ergebnis unter dem Gesichtspunkt der römischen Quellen geprüft und es außer dem bereits erwähnten Grunde (ut aliquis litium finis esset) es auch noch aus zwei weiteren Gründen für unzutreffend befunden. Er meint, aus den Quellen gehe hervor ,daß unter den nach § 818 Abs. 1 BGB. herauszugebenden Accessionen und Surrogaten nur natürliche, nicht aber rein juristische Accessionen zu verstehen seien[79]), oder wie er sich ausdrückt, „alles was aus der Sache selbst an Zuwachs fließt, oder genauer alles das, was das Recht selbst unangesehen eines individuellen Verhaltens des Konditionsschuldners hergibt." Richtig ist allerdings, worauf Haymann[80]) ebenfalls hinweist, daß man bei der Formulierung des § 818 BGB. den Umfang der Herausgabe dem Gemeinen Recht entsprechend hat bestimmen wollen[81]). Aber gerade vom Standpunkt der Quellen scheint mir Haymann durch die oben Seite 33 angeführten drei Stellen widerlegt. Auch ist m. E. kein Grund ersichtlich, die juristischen Accessionen anders zu behandeln als die natürlichen[82]).

Der zweite Einwand Haymanns geht dahin, daß es sich bei den Fällen, in denen nach den römischen Quellen nach Vollendung der Ersitzung noch eine condictio möglich sei, stets um Leistungskondiktionen handele, in dem vom R.G. entschiedenem Fall (Kondiktion des Eigentums, das durch Ersitzung auf Grund eines von einem Geisteskranken übertragenen Ersitzungsbesitzes erlangt ist[83]) eine Leistung garnicht vorliege, da ein Geisteskranker eine solche garnicht bewirken könne. Dem ist jedoch entgegen zu halten, daß nach geltendem Recht (§ 812 BGB.) die Kondiktion des „in sonstiger Weise Erlangten" der Leistungskondiktion gleichgestellt ist. Man wird z. B. auch dann, wenn jemand eine ihm herrenlos erscheinende, aber nicht herrenlose Sache, in der Absicht, sich dieselbe anzueignen, in Besitz genommen und dann ersessen hat, den Bereicherungsanspruch gegen den Ersitzenden gewähren müssen. Es wäre ein ganz unverständliches Ergebnis, wenn das von einem Geisteskranken sine causa Hingegebene nicht sollte kondiziert werden können.

Nachdem im Rahmen des § 818 Abs. 1 BGB. die Frage der Herausgabe des Ersitzungseigentums, weil z. Zt. besonders aktuell,

---

[78]) in Jur. Wschr. 1931 Seite 1030 ff.

[79]) Partus ex ancilla natus vel quod alluvione accessit et fructus (l. 7 § 1 D 12,4; l. 12 D 12,4 u. a.).

[80]) In Jur.Wschr. 1931 Seite 1031.

[81]) Motive II Seite 838 mit Note 2; Protokolle II Seite 709.

[82]) Stieve Seite 78.

[83]) RGZ. 130 Seite 69.

etwas breiter behandelt worden ist, komme ich nunmehr zum Fall des Wertersatzes.

Ist die Herausgabe der Sache in Natur nicht mehr möglich, dauert aber die Bereicherung andererseits noch fort, weil sich ein entsprechender Wert noch im Vermögen des Empfängers befindet, so ist dieser zum Ersatze des Wertes verpflichtet. Da hier nur die condictio possessionis in Frage steht, so ist zu beachten, daß der Wert des Besitzes zu ersetzen ist. Dieser ist begrifflich vom Sach- (= Kapital) wert verschieden, wenn auch der Höhe nach das Besitzinteresse dem Wert der Sache gleichkommen kann und, wie noch zu zeigen ist, häufig tatsächlich auch gleichkommt.

Den Unterschied zwischen Besitz- und Sachwert machten bereits die Römer. Servius Sulpitius vertrat allerdings noch den Standpunkt, daß beide Begriffe einander gleich zu setzen seien. Mit der Anerkennung der condictio possessionis setzt sich aber auch die Erkenntnis durch, daß dem Besitz als solchem ein selbständiger und gegenüber dem Kapitalwert eigenartiger Wert innewohne. Hiervon geben mehrere Digestenstellen Zeugnis. So sagt Ulpian in l. 3 § 11 D 43,17 unter ausdrücklicher Mißbilligung der älteren von Servius Sulpitius vertretenen Ansicht in schärfster Formulierung:

> Servii sententia est, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est. Sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium aliud possessionis.

In gleichem Sinne hat sich auch Paulus in der l. 21 § 2 D 4,2 ausgesprochen.

Dort heißt es:

> Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti fundus, sed quanti possessio est eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur.

Den begrifflichen Unterschied finden wir also bei den Römern scharf herausgearbeitet. Dagegen sucht man vergeblich bei ihnen nach einer genauen Antwort auf die Frage, wie der besondere Wert des Besitzes denn zu berechnen sei. Nur in der lex 6 de vi findet sich mit Bezug auf die Verurteilung beim interdictum unde vi ein allerdings nur schwacher Ansatz für eine Wertbestimmung:

> In interdicto u. v. tanti condemnatio facienda, quanti intersit possidere; et hoc iure nos uti Pomponius scribit, id esc, tanti rem videri quanti actoris intersit, — quod alias minus esse alias plus; nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est.

Damit ist allerdings für eine genaue Abgrenzung des Wertes nicht viel gewonnen. Dennoch hat die Stelle ein wertvolles positives Ergebnis, nämlich die Erkenntnis, daß der Besitzwert im Verhältnis zum Kapitalwert kein Minus, sondern ein u. U. sogar höher zu bemessendes aliud ist, eine Erkenntnis, die nicht nur die

qualitative Unterscheidung von Besitzwert und Kapitalwert betrifft, sondern zugleich für die quantitative Bemessung des Besitzwertes einen gewissen, wenn auch unzureichenden, Umriß gibt.

Bei dieser geringen Ergiebigkeit der Quellen hat das gemeinrechtliche Schrifttum bei der Lösung der Frage nach der Höhe des Besitzinteresses große Schwierigkeiten gehabt. Allgemein nahm man an, daß das Besitzinteresse vom Richter nach freiem Ermessen geschätzt werden müsse. Im übrigen gingen jedoch die Meinungen auseinander. Die einen[84]) ermittelten im Einzelfall, was der Kondizent selbst für die Sache gegeben oder sonst auf sie verwendet hatte, sowie welche Früchte er hätte ziehen können, und bemaßen das Besitzinteresse hiernach. Die anderen[85]) nahmen die Schätzung nach dem Eigentumswert vor und gewährten Ersatz des Eigentumswertes mit der Maßgabe, daß der empfangene Werterſatz wieder herausgegeben werden müsse, wenn ein Dritter den Beweis erbringe, daß er der Eigentümer sei, weil dann der Besitzes-Kondizent um den Kapitalwert bereichert sei.

Die gleiche Schwierigkeit ergibt sich für das Recht des BGB., das eine positive Bestimmung über die Höhe des Besitzinteresses ebenfalls nicht enthält. Im E 1 war eine solche allerdings vorgesehen. § 25 E I lautete nämlich: „Hat jemand den Besitz einer Sache verloren, oder wird diese während seiner Besitzzeit beschädigt, so wird vermutet, daß sein Vermögen im ersten Falle um den Wert der Sache, im zweiten Fall um die Verringerung des Wertes derselben vermindert sei. Im BGB. befindet sich diese Bestimmung nicht, doch lebt sie in erweiterter Gestalt in der zugunsten des Besitzers bestehenden Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. fort. Auch an anderer Stelle wird der Besitzer auf Grund der dem Besitz anhaftenden Rechtsscheinwirkung wie der Eigentümer behandelt: So in § 851 BGB., demzufolge der zum Schadensersatz Verpflichtete mit befreiender Wirkung an denjenigen leisten kann, in dessen Besitz sich die entzogene oder beschädigte Sache z. Zt. der Entziehung oder Beschädigung befunden hat; ferner in § 969 BGB., wonach der Finder durch Herausgabe der Fundsache an den Verlierer (also an denjenigen, der unmittelbar vor dem Verlust die Sache besessen hat) auch den sonstigen Empfangsberechtigten (insbesondere also auch dem Eigentümer gegenüber) befreit wird.

Aus diesen Vorschriften wird man folgern müssen, daß der Besitzer so lange wie der Eigentümer zu behandeln ist, solange er den Schein des Eigentums für sich hat, solange also noch nicht der Beweis erbracht ist, daß nicht er, sondern der andere der Eigentümer

[84]) Pflüger Seite 127; vergl. v. Gierke, Fahrnisbesitz Seite 24 ff., 29 ff., der im übrigen aber die Ansicht zu 2) vertritt.

[85]) Bruns Seite 189 ff., 193; Mommsen 2. Abt. Seite 247; vergl. Stieve Seite 72 ff.; v. Gierke a.a.O.

ist. Infolgedessen muß auch das Besitzinteresse solange dem Sachwert gleichgestellt werden, als nicht feststeht, daß der Wertersatz Verlangende nicht der Eigentümer ist[86]).

Das Ergebnis ist also, daß die Feststellung des Besitzwertes zwar der Schätzung des Richters zu überlassen ist, daß dieser aber in seiner Arbeit wesentlich durch den § 1006 BGB. und im übrigen durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung unterstützt wird.

Der Besitzer wird also, solange die Eigentumsvermutung Platz greift, seine Klage auf den Wert der Sache beziffern können. Vindiziert aber der wahre Eigentümer die Sache dem, der gerade Besitzer derselben ist, so zeigt sich, daß der auf das Sachinteresse gerichtete Anspruch des Besitzeskondizenten unbegründet war und zwar, falls dem Kondizenten ein Recht zum Besitze überhaupt nicht zustand, gänzlich, falls er aber auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechtes zum Besitze berechtigt war, teilweise unbegründet. Daher hat nunmehr der vormalige Bereicherungsbeklagte seinerseits einen Bereicherungsanspruch auf das, was er dem Besitzeskondizenten geleistet hat, ohne, wie sich nachträglich herausgestellt hat, dazu verpflichtet gewesen zu sein[87]).

Steht dagegen von vornherein fest, daß der Besitzer Nichteigentümer ist, und ohne animus domini als Frembesitzer besessen hat, so bleibt die Eigentumsvermietung selbstverständlich außer Betracht. In diesem Fall wird man bei Bemessung des Besitzinteresses zu unterscheiden haben, ob der Fremdbesitzer die Sache in seinem eigenen Interesse, also als Mieter, Entleiher, Pächter, Nießbraucher oder als Verwalter fremden Vermögens innegehabt hat. Im ersten Fall sind die sich aus dem gerade in Frage kommenden Besitzverhältnis[88]) für den Besitzer ergebenden Vorteile, wie die tatsächliche Innehabung, der Gebrauch der Sache und die Fruchtziehung nach ihrem Verkehrswert z. Zt. des Eintritts der Wertersatzverpflichtung (§ 818 II BGB.) unter Berücksichtigung der zeitlichen Beschränkung des Besitzrechtes in Geld zu veranschlagen.

86) Heuer Seite 63 verneint zu Unrecht die Anwendung der Vermutung des § 1006 BGB. Heuers Ansicht hängt damit zusammen, daß er die c. p. für subsidiär und neben dinglichen Rechten für ausgeschlossen hält, was m. E. nicht zutrifft. Heuers Ansicht findet im Gesetz nicht die geringste Stütze. Die Protokolle III Seite 48 lassen erkennen, daß die Kommission einig war, daß die Vermutung des § 825 E I auch bei Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung gelten müsse. Entsprechendes muß von der Vermutung aus § 1006 BGB, bez. der c. p. im oben dargelegten Rahmen gelten. So die h. M. Vergl. Motive II Seite 831; Oertmann Vorbem. vor § 812, 2a; v. Gierke, Fahrnisbesitz Seite 29; Stieve Seite 64.

87) Bruns Seite 195; Bolze Seite 215; v. Mayr Seite 606; Stieve Seite 70.

88) Der Besitz gleich tatsächliche Innehabung ist als solcher für den Eigentümer wie für den Fremdbesitzer derselbe. Das unterscheidende Kriterium liegt nicht in der Innehabung selbst, sondern in dem jeweils zugrundeliegenden Rechtsverhältnissen. Vergl. Planck Vorb. 4 vor § 851.

Wer nur im fremden Interesse, also etwa als Verwahrer, Frachtführer etc. besitzt, hat ein eigenes Besitzinteresse nur insoweit, als er durch den Besitzverlust demjenigen, der ihm die Sache anvertraut hat, schadensersatzpflichtig wird oder, wenn er wie die Fremdbesitzer des Handesrechts ein Zurückbehaltungsrecht oder gesetzliches Pfandrecht an der Sache gehabt hat. Das Besitzinteresse bemißt sich hier nach dem zu ersetzenden Schaden, in der Regel also nach dem Sachwert, im Falle des Zurückbehaltungs- oder Pfandrechts nach der Höhe des Betrages, zu dem die Forderung des Fremdbesitzers, die durch das Recht gesichert war, durch dieses gedeckt gewesen wäre.

§ 3. Der Eigentumsherausgabeanspruch.

Nachdem im vorgehenden Abschnitte der Besitzbereicherungsanspruch, um darzulegen, welche besonderen Vorteile eine evtl. Konkurrenz mit dem Eigentumsherausgabeanspruch bieten würde, ausführlich dargestellt worden ist, will ich mich bei der nunmehr folgenden Darstellung des Eigentumsherausgaeanspruches auf eine kurze inhaltliche Wiedergabe der Gesetzesbestimmungen beschränken.

Die Vindikationsbestimmungen des BGB. sind in den Hauptzügen folgende:

Nach § 985 BGB. kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.

Was den Umfang der Herausgabepflicht im einzelnen Falle anlangt, so gilt folgendes:

1. Bezüglich der Nutzungen:

Hier unterscheidet das Gesetz zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Besitzer. Bösgläubig ist der Besitzer, dem der Mangel seines Rechtes zum Besitze bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist.

a) Der bösgläubige Besitzer haftet nach den §§ 987, 990 BGB. auf alle Nutzungen, die er gezogen sowie auch für die, welche er einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider nicht gezogen hat, und zwar, wenn er bereits beim Erwerbe bösgläubig war, vom Zeitpunkt des Erwerbes an, anderenfalls vom Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis vom Mangel seines Rechtes zum Besitz an.

b) Der gutgläubige Besitzer haftet auf Herausgabe von Nutzungen grundsätzlich nur vom Eintritt der Rechtshängigkeit an. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit haftet er nur, und zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung,

aa) wenn er den Besitz unentgeltlich erlangt hat (§§ 988 BGB.),

bb) wenn er Früchte gezogen hat, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind (§ 993 BG.).

Von besonderer Bedeutung ist die Vorschrift des § 993 Abs. 1 Satz 2 BGB., die ausspricht, daß der gutgläubige Besitzer im übrigen, d. h. über den unter bb) dargelegten Umfang hinaus weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet ist.

2. Ersatz von Verwendungen:

Auch hier macht das Gesetz den Unterschied zwischen gutgläubigen und bösgläubigen Besitzern.

a) Der gutgläubige Besitzer kann für die Zeit vor Rechtshängigkeit Ersatz der notwendigen Verwendungen verlangen. Für andere Verwendungen besteht eine Ersatzpflicht des Eigentümers nur insoweit, als der Wert der Sache z. Zt. der Wiedererlangung durch diese Verwendungen noch erhöht ist (§§ 994 Abs. 1, 996 BGB.). Hierbei ist jedoch zu beachten, daß dem Besitzer die gewöhnlichen Erhaltungskosten, soweit ihm nach §§ 987, 993 BGB. die Nutzungen verbleiben, nicht zu ersetzen sind (§§ 994 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

b) Der bösgläubige Besitzer ist schlechter gestellt. Er kann Ersatz lediglich für notwendige Verwendungen verlangen, und zwar nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 Abs. 2 BGB.).

Wegen seines Anspruches auf Ersatz von Verwendungen gewährt § 1000 BGB. dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht. Einklagen kann der Besitzer seine Ersatzforderung erst, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt hat. Die Genehmigung gilt aber als erteilt, wenn der Eigentümer die ihm von dem Besitzer unter Vorbehalt seines Anspruches auf Ersatz von Verwendungen die angebotene Sache annimmt (§ 1001 BGB.).

3. Im Falle der gänzlichen oder teilweisen Vereitelung des Herausgabeanspruches infolge Unterganges, Verschlechterung usw. gilt folgendes:

a) Der gutgläubige Besitzer haftet überhaupt erst vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden.

b) Der bösgläubige Besitzer haftet für den durch sein Verschulden entstandenen Schaden, wenn er bereits beim Besitzerwerb bösgläubig war, von diesem Zeitpunkt an, anderenfalls vom Eintritt des bösen Glaubens an (§ 990 Abs. 1 BGB.).

4. Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen (§ 992 BGB.).

Es fragt sich, ob man bei der Vielheit und Verschiedenheit der hier im einzelnen in Frage kommenden Nebenansprüchen, die den

Eigentumsschutz teils erweitern, teils einengen, überhaupt noch von einem einheitlichen Eigentumsherausgabeanspruch sprechen kann, wie dies im Thema dieser Arbeit geschieht.

Was die rechtliche Natur der Nebenansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz anlangt, so ist sie verschieden zu beurteilen[89]). Der Anspruch gegen den unredlichen Besitzer auf die noch vorhandenen natürlichen Früchte ist zweifellos der Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB., also dinglicher Natur; denn der unredliche Besitzer hat das Eigentum an den Früchten nicht erlangt (§ 957 BGB.).

Der redliche Besitzer haftet nach Eintritt der Rechtshängigkeit zwar ebenfalls auf Herausgabe der Nutzungen und Schadensersatz wie der unredliche (§ 987, 989, 990 Abs. 1 BGB.). Der Anspruch gegen den redlichen Besitzer ist aber obligatorisch und zwar auch hinsichtlich der nach Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Früchte, da alle Früchte in das Eigentum des redlichen Besitzers fallen (§ 956 BGB.[90]).

Bemerkt sei auch, daß der redliche Besitzer anders als der unredliche nicht in Verzug gerät und demgemäß keinen Verzugsschaden zu ersetzen hat; denn er hat die Unkenntnis, auf der sein guter Glaube beruht, nicht zu vertreten[91]).

In den Rahmen dieser Ansprüche gehört auch § 816 BGB.[92]), der dem früheren Eigentümer, der sein Eigentum durch eine Verfügung eines Nichtberechtigten, die ihm gegenüber infolge eines gutgläubigen Erwerbes eines Dritten wirksam ist, verloren hat, an Stelle der verlorenen rei vindicatio eine condictio gegen den Nichtberechtigten auf den durch die Verfügung erzielten Erlös gewährt. Hier handelt es sich selbstverständlich um einen obligatorischen Anspruch.

Wenn Hellwig[93]) die Nebenansprüche jedoch schlechthin für obligatorisch erklärt, so ist das m. E. nicht zutreffend. Der Anspruch auf Fruchtherausgabe gegen den unredlichen Besitzer ist auf jeden Fall dinglich (Vindikation), was daran zu erkennen ist, daß er im Konkurse des Besitzers zur Aussonderung berechtigt, während bloß obligatorische Ansprüche auf Verschaffung nur einfache Konkursforderungen gewähren.

Trotz der Verschiedenartigkeit seiner Elemente wird man aber dennoch den hier dargestellten Komplex der dem Eigentümer gegen den Besitzer insgesamt zustehenden Ansprüche mit der Sammel-

[89]) Wolff Seite 283, 289; anders Hellwig, Anspruch und Klagrecht Seite 33/34.

[90]) Wolff, Sachenrecht § 85 Seite 283 ff.

[91]) Wolff Seite 283, 284; vergl. Windscheid-Kipp Band 1 Seite 990.

[92]) RG. in Warn. 1920 Nr. 160; Hellwig, Anspruch und Klagrecht Seite 33/34; Verträge auf Leistung an Dritte Seite 134—136; vergl. auch Zitelmann, Intern. Privatrecht II Seite 235 ff.

[93]) Anspruch und Klagrecht Seite 34/33.

bezeichnung „der Eigentumsanspruch“ belegen dürfen. Es handelt sich hier um Ansprüche, die, solange sie nicht abgetreten sind, dem Eigentümer als solchen zustehen, und zwar dem jeweiligen Eigentümer. Sie wurzeln unmittelbar im Eigentumsrecht, und nicht etwa in einem selbständig neben dem Eigentum bestehenden Schuldverhältnisse[94]).

§ 4. Die Verschiedenheiten in der gesetzlichen Regelung von Eigentumsherausgabe- und Besitzbereicherungsanspruch.

Wenn auch der ursprüngliche Inhalt beider Ansprüche auf Herausgabe der Sache geht, so ergeben sich doch im einzelnen, wie aus den vorausgehenden Darlegungen ersichtlich ist, erhebliche Haftungsunterschiede.

Ein Hauptunterschied besteht hinsichtlich der herauszugebenden Nutzungen. Nach Bereicherungsrecht erstreckt sich die Verpflichtung auf alle gezogenen Nutzungen. Im Vindikationsrecht dagegen ist die Herausgabepflicht für den gutgläubigen Besitzer durch § 993 Abs. 1 BGB., soweit die Zeit vor Rechtshängigkeit in Frage steht, dahin eingeschränkt, daß er nur die sogen. Übermaßfrüchte herauszugeben hat. Nur, wenn er die Sache unentgeltlich erlangt hat, hat er die Früchte nach den Bestimmungen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 988 BGB.).

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich des Anspruches auf Ersatz von Verwendungen. Da die Haftung nach Bereicherungsrecht stets nur auf die noch vorhandene Bereicherung geht, diese aber durch alle Aufwendungen, auch durch unwirtschaftliche und leichtfertige gemindert wird, sind hier die Aufwendungen im vollen Umfange zum Abzug zu bringen[95]), sodaß u. U. die Bereicherung durch die Aufwendungen gänzlich aufgezehrt ist.

Für den Eigentümer besteht dagegen nach §§ 994 ff. BGB. gegenüber den Besitzer nur eine beschränkte Pflicht zum Ersatze von Verwendungen. Das Gesetz macht wie bereits erwähnt, einen Unterschied zwischen notwendigen und anderen, d. h. nur nützlichen Verwendungen (§§ 994, 996 BGB.). Die Regelung im einzelnen ergibt sich aus der Darstellung auf Seite 39, 40).

Schließlich bestehen Haftungsunterschiede zwischen beiden Anspruchskomplexen im Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe. Nur für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist die Haftung in beiden Fällen die gleiche (§§ 819, 292, 989 BGB.). Nach Rechts-

---

[94]) Wolff Seite 289; Planck Vorbem. z. Allg. Teil des Schuldrechts Seite 4; v. Tuhr I Seite 271.

[95]) RGRKomm. Anm. 7 und 8 zu § 818; RG. Warn. 1919 Nr. 196. U. U. kann die Sache durch die Verwendungen derart wirtschaftlich umgestaltet sein, daß sie wegen „ihrer Beschaffenheit“ (§ 818 BGB.) nicht herausgegeben werden kann, vgl. JW. 1931 Seite 3273 und Lehmann daselbst (Bebauung eines Grundstücks mit wertvollen Fabrikanlagen).

hängigkeit ist sowohl der Bereicherte wie der Besitzer für verschuldeten Untergang und verschuldete Verschlechterung haftbar. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit haftet der gutgläubige Besitzer nicht, weil er quasi suam rem neglexit (§ 993 I a. E. BGB.). Der bösgläubige Besitzer haftet dagegen, und zwar vom Besitzerwerbe an, falls er schon damals bösgläubig war, anderenfalls vom Eintritt der Bösgläubigkeit an. Bemerkenswert ist, daß für die nachträglich erlangte Bösgläubigkeit positive Kenntnis vom Mangel des Rechtes zum Besitz erforderlich ist, während für die bereits beim Besitzerwerb vorhandene Bösgläubigkeit grobe Fahrlässigkeit ausreicht.

Der Bereicherte haftet nach § 819 BGB. nur, wenn er bereits beim Empfange positive Kenntnis hatte oder später positive Kenntnis erhält.

Zweiter Hauptteil.

Die Frage der Konkurrenz des Bereicherungsanspruchs mit dem Eigentumsanspruch.

§ 5. Die herrschende Lehre.

Aus der dargestellten kasuistischen Regelung der Herausgabepflicht beim Eigentumsanspruch folgert die heute herrschende Lehre, daß die §§ 987—993 BGB. die Frage des Haftungsumfanges, d. h. die Frage, in welchem Umfange und unter welchen Voraussetzungen der Besitzer dem Eigentümer außer zur Herausgabe der Sache selbst auch noch zur Herausgabe von Nutzungen und zum Schadensersatz verpflichtet ist, selbständig und erschöpfend regeln. Auch würde, so sagt man, die Anwendung der allgemeinen Vorschriften (also hier der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung) zu unangemessenen Ergebnissen führen, da sie auf der einen Seite eine dem früheren Recht und der auf den Besitzer billigerweise zu nehmenden Rücksicht widersprechende Verschärfung des Eigentumsschutzes zur Folge haben auf der anderen Seite aber zu einem wirksamen Schutze des Eigentums nicht ausreichen würde[1]).

Diesen Standpunkt vertritt auch jetzt wieder das Reichsgericht[2]), das überdies auch der Ansicht ist, daß die nach den §§ 987 ff. BGB. nicht auszugleichenden Vermögensverschiebungen nicht ohne Rechtsgrund geschähen, der Rechtsgrund vielmehr in diesen Bestimmungen selbst läge und infolgedessen auch aus diesem Grunde eine gleichzeitige Anwendung der Bereicherungs-

[1]) Planck, Sachenrecht Seite 488 Vorbem. zu §§ 987—993; Wolff § 85 I Seite 281; Wurzer bei Gruchot Band 53 Seite 53 ff.; Hellwig, Lehrbuch V Seite 265; Staudinger § 993; Siber, Rechtszwang Seite 130.

[2]) RGZ. 98 Seite 135; JurWschr. 1912 Seite 690; Warn. 1920 Nr. 160. neuestens RGZ. Band 137 Seite 206.

vorschriften nicht möglich sei. Eine Zeitlang hat das RG. jedoch einen abweichenden Standpunkt vertreten, wie eingangs dargelegt[3]).

§ 6. Die Gegenmeinung.

Die h. L. ist nicht ohne Widerspruch geblieben[4]). Fritz Schulz[5]) bekämpft de lege ferenda die verschiedenartige gesetzliche Regelung des Haftungsumfanges bei der Vindikation und bei der Kondiktion und will die von der herrschenden Lehre gegebene Begründung für die besondere Regelung bei der Vindikation nicht gelten lassen. Man wird m. E. Schulz hinsichtlich der verschiedenartigen Abgrenzung des bösen Glaubens bei den beiden Anspruchskomplexen Recht geben können, zumal, wie aus § 931 E I hervorgeht, ursprünglich eine gleichförmige Regelung geplant war. Soweit es sich jedoch um die Herausgabe von Nutzungen seitens des redlichen Besitzers an den Eigentümer handelt, scheint der Standpunkt der in dem vorhergehenden §§ zitierten Schriftsteller und der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts jedenfalls einleuchtend, ohne daß ich bereits hier dem Ergebnis der noch folgenden Untersuchung der Konkurrenzfrage vorgreifen will. Jedenfalls läßt sich soviel sagen, daß der redliche Besitzer eine gewisse Rücksichtnahme verdient, denn er hat die Nutzungen im guten Glauben an sein Recht gezogen und Obhut und Sorge auf die in seinem Besitz befindliche Sache verwandt.

Eine Reihe von Schriftstellern[6]) verneint denn auch zwar grundsätzlich, daß die condictio possessionis schlechthin subsidiär sei[7]) und erklärt sie für konkurrenzfähig, schließt aber andererseits die Herausgabe von Nutzungen, die der redliche Besitzer vor Rechtshängigkeit im Rahmen eine ordnungsmäßigen Wirtschaft gezogen hat, aus, weil der Besitzer dieselben cum causa erworben habe.

Daß der Bereicherungsanspruch schlechthin subsidiär sei, verneint insbesondere Jung[8]), der ausführt, daß das Gesetz keine Handhabe biete, den Bereicherungsanspruch auszuschließen, weil im gegebenen Fall noch ein anderer Anspruch möglich sei. Man könne allerdings, so sagt Jung weiter, in einem gewissen Sinne von einer beschränkten Subsidiarität des Bereicherungsanspruches

---

[3]) RGZ. Band 129, 307. vgl. 2. auch RGZ. 133, 283.

[4]) Für Anspruchskonkurrenz: Bolze im ArchZivPr. Band 79 Seite 214; Bruns Seite 200; v. Gierke III Seite 999 Note 23; Staudinger Vorbem. 6 vor § 812; Plessen Seite 20; Jung Seite 42 ff.

[5]) a.a.O. Seite 309—312, 326.

[6]) Planck Vorbem. zu §§ 987—993; Jung Seite 42 ff., 40; Werner in der Bespr. zu RGZ. 129 Seite 307 in der JurWschr. 1930 Seite 3210. v. Mayr Seite 383, 388; Freund Seite 14; Kipp-Windscheid II § 422, Zusatz 3; Collatz Seite 40, Wolff § 85 I; Arnthal Seite 21.

[7]) So besonders Oertmann § 812 Vorb. 4; v. Mayr Seite 356 ff; Fischer Seite 21; Endemann § 198 Anm. 12; Heuer § 7; Leonhard, Besonderes Schuldrecht Seite 481.

[8]) Bereicherungsansprüche Seite 42.

sprechen, weil beim Vorliegen der Voraussetzungen gewisser Ansprüche die Voraussetzungen eines gewissen Bereicherungsanspruches nicht gegeben sein könnten; so könnte zum Beispiel im Falle einer nichtigen Eigentumsübertragung das Eigentum nicht mit der condictio zurückverlangt werden, da dieses beim Kondizenten verblieben sei, man aber nur das kondizieren könne, was in das Vermögen des Bereicherten übergegangen sei[9]). Dieses Ergebnis, zu dem Jung gelangt, ist allerdings zutreffend. Nur kann man hier nicht von einer Subsidiarität des Bereicherungsanspruches, auch nicht einer solchen in einem beschränkten Sinne sprechen. Vielmehr liegt hier bezüglich der conictio rei ein Mangel am Tatbestand vor, da ihre Voraussetzungen nicht gegeben sind. Wohl aber sind hier die Voraussetzungen der condictio possessionis gegeben.

Denselben Standpunkt wie Jung vertreten Stammler und Plessen, die beide die volle Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruches bejahen, sofern alle seine Tatbestandsmerkmale vorliegen[10]).

Interessant ist es aber, daß auch die Vertreter der Subsidiarität des Bereicherungsanspruches z. T. die condictio possessionis neben der rei vindicatio für zulässig halten[11]). Hierin liegt eine gewisse Inkonsequenz, die besonders bei v. Mayr zutage tritt. v. Mayr spricht sich auf Seite 388 ff. ausdrücklich für die Konkurrenz des Besitzbereicherungsanspruches mit dem Eigentumsherausgabeanspruch aus. Im Widerspruch hierzu steht es jedoch, wenn er auf derselben Seite erklärt, nicht richtig auf Kosten eines anderen bereichert sei, wer diese Bereicherung ohnehin kraft dinglichen Anspruches herausgeben müsse. In konsequenter Durchführung dieser Ansicht hätte v. Mayr allerdings die Zulässigkeit der condictio possessionis neben dem Eigentumsherausgabeanspruch, der ja auch ein dinglicher Anspruch ist, verneinen müssen. Sein Standpunkt ist hiernach nicht ganz klar. Sollte v. Mayr etwa gemeint haben, daß die c. p. nur dann zulässig sei, wenn der Kondizent im Prozeß verschweigt, daß er auch der Eigentümer sei, so müßte sie hier außer Betracht bleiben, da ja in dieser Arbeit, worauf am Anfang bereits hingewiesen worden ist, zugrundegelegt werden soll, daß der Kläger sein Eigentum offenbart hat.

Besonders bedeutungsvoll ist es, daß auch das Reichsgericht[12]) zeitweilig die uneingeschränkte Konkurrenzfähigkeit der c. p. ver-

[9]) Jung a.a.O. Seite 43.

[10]) Stammler Seite 37; Plessen Seite 58; Schollmeyer Seite 209 Anm. 2; Cosack § 234 I 6; Enneccerus-Lehmann § 218 I 5. Seite 681.

[11]) v. Mayr Seite 388; Oertmann Vorbem. 4 vor § 812. Für Subsidiarität der c. p. ausdrücklich gegen Oertmann: Heuer § 7 Seite 36/37.

[12]) RGZ. 129 Seite 307. vgl. aber jetzt wieder RGL. Bd. 137, 206 und Bd. 133 Seite 283.

treten und im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung die Ausschließlichkeit der §§ 987—993 BGB. verneint hat.

Für die weitere Untersuchung ergibt sich also folgende Fragestellung:

1. Ist die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruches, insbesondere auch des Besitzbereicherungsanspruches allgemein zu bejahen oder zu verneinen?
2. Welche Folgerungen sind im Falle der Bejahung der Konkurrenzfähigkeit aus der kasuistischen Regelung des Haftungsumfanges in den §§ 987 ff. BGB. zu ziehen?

§ 7. Die Lehre von der Anspruchs- und der Gesetzeskonkurrenz.

Die Lösung der Frage, ob auf Grund desselben Tatbestandes zwei oder mehrere Ansprüche gegeben sein können, hängt davon ab, in welchem Verhältnis die anspruchbegründenden Gesetzesnormen zueinander stehen[13]). Es lassen sich hier folgende Möglichkeiten denken:

1. Die Norm A schließt die Norm B aus[14]).
2. Die Norm A und die Norm B sind nebeneinander anwendbar in der Art, daß die Rechtsfolgen eine Kombination der Rechtsfolgen aus A und B darstellen.
3. Beide Normen sind nebeneinander anwendbar in der Art, daß die Rechtsfolgen entweder der einen oder der anderen Norm entnommen werden können.
4. Die Normen sind beide nebeneinander anwendbar in der Art, daß die Rechtsfolgen zugleich und in vollem Umfange, und zwar gesondert, nicht als Kombination, aus beiden Normen entnommen werden können.

Es handelt sich hier um Fragen der Gesetzesauslegung, deren Lösung dadurch besonders schwer ist, daß das BGB. sich jeder Auslegungsregel enthält[15]). Wenn wir im geltenden Recht überhaupt nach einer einschlägigen Bestimmung suchen, so stoßen wir auf den § 73 StGB., wonach, wenn eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, die Strafe demjenigen Gesetze zu entnehmen ist, das die schwerste Strafandrohung enthält. Diese Vorschrift besagt allerdings nichts darüber, w a n n ein Konkurenzfall gegeben ist, son-

---

13) Prym Seite 53; vergl. Schmidt Seite 23.

14) Langheineken Seite 140 drückt dies bildhaft dahin aus, daß der eine reelle Anspruch den anderen absorbiere, sodaß dieser zu einem virtuellen herabsinke.

15) Anders das Sächs. BGB. in § 149: Wenn mehrere Klagen aus demselben Grunde zur Erreichung eines und desselben Zweckes zustehen und eine derselben zum Ziele geführt hat, so erledigen sich die übrigen. Ist der Gegenstand der Klagen von ungleichem Umfange, und ist die Klage von geringerem Umfang durchgeführt worden, so kann mit der anderen Klage das Mehrere nachgefordert werden.

den setzt einen solchen voraus und gibt nur den Weg an, wie die Konkurrenz zu lösen ist. Die Bestimmung kann aber auch keine sichere Grundlage für die Lösung des Problems im bürgerlichen Recht geben, da sie von typisch strafrechtlichen Erwägungen ausgeht, die nicht ohne weiteres auf das bürgerliche Recht zu übertragen sind[16]). Das Strafrecht hat nur den staatlichen Strafanspruch im Auge. Es konnte daher eine Bestimmung geben, daß beim Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze nur eines zur Anwendung gelangen sollte; denn der Gesetzgeber hatte hier nur einen einzigen Berechtigten, den Staat und ein einziges Interesse, das an der Bestrafung des Täters, zu berücksichtigen, und er konnte sich auf den Standpunkt stellen, daß bei aller qualitativer und quantitativer Verschiedenheit der möglichen Strafen dem staatlichen Strafbedürfnis dann ausreichend Genüge geschehe, wenn der Täter gemäß dem schwersten der konkurrierenden Strafgesetze bestraft werde.

Im bürgerlichen Rechtsleben erwachsen aber auf Grund eines und desselben Lebenstatbestandes die verschiedensten Interessen und Rechte, sodaß es infolgedessen in keiner Weise angebracht erscheint, eine allgemeine Regel dahin aufzustellen, daß von mehreren konkurrierenden Gesetzesnormen nur eine anzuwenden sei. Es ist bezeichnend, daß es gerade ein hervorragender Strafrechtslehrer gewesen ist, der diese Erkenntnis des Unterschiedes von Straf- und Zivilrecht besonders scharf formuliert hat. Franz v. Liszt[17]) hat ausgesprochen: „Daß das BGB. einen horror vor der Konkurrenz verschiedener Ansprüche aus demselben Tatbestand haben sollte, ist weder aus dem Gesetz selbst noch aus seiner Vorgeschichte noch aus dem bisherigen Recht zu entnehmen.“ M. E. wird man daher für das bürgerliche Recht grundsätzlich davon auszugehen haben, daß ein Tatbestand des Lebens, der verschiedenen Rechtsverhältnissen zur Grundlage dient, deren jedes einen Anspruch begründet, grundsätzlich eine Mehrheit von Ansprüchen zur Folge hat.

Besondere Schwierigkeiten bereitet für das bürgerliche Recht aber nicht nur die Frage, wie die Konkurrenz zu lösen sei, sondern vor allem die Frage, ob denn überhaupt die Voraussetzungen nur eines oder mehrerer Ansprüche gegeben seien, m. a. W. die Frage der Individualisierung der Ansprüche. Während nämlich im Strafrecht das alleinige Individualisierungsmerkmal die Handlung ist, ist im Zivilrecht die Einheit des Tatbestandes nicht derartig leicht festzustellen, weil ein konkreter Lebensvorgang zivilrechtlich aus den verschiedensten Gesichtspunkten und für die verschiedensten Rechtssubjekte bedeutsam sein kann.

---

[16]) Anders Lent Seite 70 ff.
[17]) Deliktsobligationen Seite 20.

1. Die geschichtliche Entwicklung des Problems der Anspruchskonkurrenz.

Es ist daher verständlich, wenn das Problem der Anspruchskonkurrenz von jeher der Zivilrechtswissenschaft die größten Schwierigkeiten bereitet hat. Die Anfänge der Untersuchung des Problems gehen bis auf das klassische Recht zurück. Der Klassiker Paulus[18]) schrieb einen liber singularis de concurrentibus actionibus. Das römische Recht läßt jedoch eine klare Abgrenzung des Begriffs der Aktionenkonkurrenz vermissen, bezeichnet vielmehr jedes irgendwie geartete Nebeneinanderbestehen von Aktionen als Konkurrenz. Immerhin läßt sich eine Fortentwicklung des Begriffs in der Richtung auf eine engere und bestimmtere Fassung verfolgen. So ist z. B. die subjektive Konkurrenz, das Vorhandensein mehrerer Anspruchsberechtigter, frühzeitig aus dem Konkurrenzbegriff ausgeschieden worden.

Unter „actio" im Sinne von concurrentes actiones verstand man das Klagrecht, nicht die im Prozeß erhobene Klage, also den Anspruch im heutigen Sinne[19]). Soweit eine Mehrheit von Klagegegenständen gegeben war, also objektive Konkurrenz im Gegensatz zur vorerwähnten subjektiven Konkurrenz vorlag, unterschied man im einzelnen kumulative Konkurrenz und elektive Konkurrenz, jenachdem die actiones unabhängig voneinander sei es zugleich, sei es nacheinander, durchgeführt werden konnten, oder ob mit der Wahl einer von den mehreren von den zur Verfügung stehenden Klagen die anderen in Fortfall kamen. Als dritte Konkurrenzform kannte man noch die sukzessive Konkurrenz. Bei dieser standen zwar auch mehrere Klagen zur Verfügung, die aber nur in bestimmter Reihenfolge nacheinander durchgeführt werden konnten.

Wie man sieht, faßte man also noch sehr vielgestaltige Erscheinungen unter dem Begriff der Konkurrenz zusammen. Einen gewaltigen Fortschritt brachte die gemeinrechtliche Wissenschaft mit den Untersuchungen des Problems der Klagenkonkurrenz durch Savigny[20]) und Windscheid[21]). Savigny gelangte zu dem Ergebnis, daß von einer Klagenkonkurrenz nur dann die Rede sein könne, wenn die mehreren Klagen in einer solchen Beziehung zueinander ständen, daß ihr gleichzeitiges Bestehen von Einfluß auf ihre Wirksamkeit sei. Windscheid formulierte dieses Erfordernis noch schärfer dahin, daß die verschiedenen Klagen zueinander

---

[18]) Bruchstücke in l. 34 D 44,7; l. 88 D 47,2; vergl. Peters Seite 1 ff.
[19]) Celsus 1.51 D 44,7: nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi.
[20]) System V Seite 205 ff.
[21]) Actio Seite 33, vergl. Kipp-Windscheid I § 121.

im Verhältnis der Ausschließung stehen müßten[22]). Diese Erkenntnis führte dann weiter zu dem Ergebnis, daß die Klagen den gleichen Zweck haben oder, wie Savigny es ausdrückte, den gleichen juristischen Gegenstand haben müßten[23]), weil dann mit der Erreichung des Zweckes der einen Klage auch die andere auf denselben Zweck gerichtete wegen Zweckerreichung gegenstandslos wurde. Soweit allerdings eine der konkurrierenden Klagen, weil sie quantitativ auf ein Mehr ging als die anderen, noch nicht völlig verbraucht war. ließ die h. M. eine sogenannte Nachklage auf das Mehr zu[24]).

Zu beachten ist, daß mit der Entwicklung des gemeinrechtlichen Prozesses und der Abschaffung des Systems der benannten Klagen sich die Klagenkonkurrenz zu einer Konkurrenz der materiellen Ansprüche umwandelte. Die Frage war nunmehr, ob auf Grund des von den Parteien vorgebrachten Tatsachenmaterials ein Anspruch oder mehrere Ansprüche gegeben waren[25]).

Den Schlußstein der gemeinrechtlichen Entwicklung der Konkurrenzfrage legte Eisele[26]), der den Begriff der Klagen- oder Anspruchskonkurrenz auf die Fälle beschränkte, in denen die Identität sowohl der berechtigten wie auch der verpflichteten Personen gewahrt war. In dieser Gestalt ist die Anspruchskonkurrenz in das sich um das bürgerliche Gesetzbuch bildende Schrifttum eingegangen, als das Zusammentreffen mehrerer auf ein identisches rechtliches Interesse gerichteter Ansprüche desselben Berechtigten gegen denselben Verpflichteten.

2. Die Lehre von der Anspruchskonkurrenz im Schrifttum des BGB.

Während im gemeinrechtlichen Schrifttum die Frage der Individualisierung der Ansprüche kaum behandelt worden war, bildet im bürgerlichrechtlichen Schrifttum gerade diese Frage den Kern der Konkurrenzlehre. Es haben sich hier eine Reihe beachtenswerter untereinander stark ähnelnder Lehrmeinungen herausgebildet, die sich teils nur mit vergleichsweisem Hinweise[27]), teils ausdrücklich und unmittelbar an die strafrechtliche Konkurrenzlehre anschließen[28]).

---

22) vergl. Savigny und Windscheid a.a.O. I. 18 D 45,1: qui bis idem promittit, ipso iure amplius quam semel non tenetur; Peters Seite 4 ff.; Wreszinski Seite 8 ff., 10.

23) Savigny a.a.O. Seite 208; vergl. auch Eisele Seite 329, 360 ff.; Dernburg, Pandekten I Seite 312; Motive zum BGB. I Seite 278; Unger, System Seite 388; Merkel Seite 93.

24) Vergl. Wreszinski Seite 26, Peters § 5 ff., anders Eisele Seite 326 ff.

25) Wreszinski a.a.O. Seite 56, vergl. auch Seite 46, 54.

26) a.a.O. Seite 330/331.

27) Hellwig, Anspruch und Klagrecht Seite 86 ff., 97 ff.

28) Lent, Gesetzeskonkurrenz Seite 1 ff., 70 ff.

Nach der herrschenden Lehre, die von Hellwig[29]) begründet ist, wird der Anspruch im Sinne des BGB. durch drei Merkmale individualisiert: Diese sind

1. die als berechtigt und verpflichtet beteiligten Rechtssubjekte,
2. der Gegenstand des Schuldverhältnisses,
3. der Rechtsgrund des Anspruchs.

Eine etwas abweichende Lehre hat Lent[30]) aufgestellt. Nach Lent kommt es darauf an, ob die Tatbestände zweier oder mehrerer Gesetze in ihren Individualisierungsmerkmalen gleich oder verschieden sind. Jenachdem sind die Rechtsfolgen nur dem einen Gesetze (bei Gleichheit) oder den mehreren Gesetzen (bei Ungleichheit) zu entnehmen. Wenigstens nimmt Lent dieses Ergebnis für die Fälle der Spezialität und Konsumption an. Spezialität liegt nach Lent vor, wenn der Tatbestand der Norm B ein Spezialfall der Norm A ist, Konsumption, wenn der Tatbestand der Norm B den der Norm A mitumfaßt und beide Tatbestände sich völlig decken, ohne daß der eine Tatbestand als Obertyp und der andere als Untertyp erscheint[31]). Während aber die Theorie Hellwigs und v. Tuhrs[32]) die oben bezeichneten bestimmt abgegrenzten Individualisierungsmerkmale kennt, ist Lents Theorie viel verschwommener, da er als Individualisierungsmerkmale die Tatsachen bezeichnet, die den Kern der Tatbestände bilden und deren Verschiedenheit die Abgrenzung der Tatbestände gegeneinander ermöglicht[33]). Welche Tatsachen dies im einzelnen sind, sagt Lent nicht allgemein, sondern nur bei Untersuchung der einzelnen Tatbestände. Dabei geht Lent m. E. sehr willkürlich vor. So scheidet er z. B. beim Tatbestande des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung den Mangel des Rechtsgrundes aus, der doch sicherlich ein Kernstück des Bereicherungstatbestandes im Sinne der §§ 812 ff. BGB. bildet. Weiter erscheint die Theorie Lents deswegen unfruchtbar, weil er nicht nur in den Fällen der Verschiedenheit der Individualisierungsmerkmale die Rechtsfolgen beiden konkurrierenden Normen entnehmen will, sondern auch in gewissen Fällen, in denen sich die Individualisierungsmerkmale der mehreren Tatbestände decken. Außer den bereits genannten Fällen der Spezialität und der Konsumption, bei denen eine völlige Deckung der konkurrierenden Tatbestände vorliegt, gibt es nämlich noch eine große Anzahl von Fällen, man kann geradezu sagen, daß es die Mehrzahl der Fälle

---

29) a.a.O. Seite 90 ff., System I § 118, Lehrbuch I Seite 261 ff., v. Tuhr Seite 269 ff., Planck Vorb. I 2 zum Recht der Schuldverh., Heuer Seite 1.
30) Lent Seite 87 ff., vergl. Seite 12, 22, 34, 49.
31) Lent a.a.O. Seite 9 ff., 17 ff., 85 ff., 192 ff.
32) a.a.O.
33) Lent Seite 87 ff.

ist, in denen die Tatbestände sich zwar in ihren Individualisierungsmerkmalen decken, jeder Tatbestand aber noch eine Anzahl verschiedenartiger Merkmale enthält. In diesen von Lent mit Idealkonkurrenz bezeichneten Fällen will Lent die Konkurrenz in der Art lösen, daß die Rechtsfolgen nicht nur einer, sondern beiden konkurrierenden Normen entnommen werden sollen. Indem also Lent nicht nur im Falle der Verschiedenheit der Individualisierungsmerkmale, sondern auch in der Mehrzahl der Fälle ihrer Gleichheit beide Normen anwenden läßt, ist seine Individualisierungslehre nicht bestimmt genug umrissen[34]). Hält man also an den drei Individualisierungsmerkmalen Hellwigs und v. Tuhrs fest, so ergibt sich allerdings noch eine Zweifelsfrage.

Es handelt sich hier um die Frage: Ist das dritte Individualisierungsmerkmal, der Rechtsgrund des Anspruchs, rein tatsächlich, im Sinne des den Anspruch begründenden historischen Vorganges zu verstehen oder sind auch noch die dem Anspruch zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse mit einzubeziehen? M. E. kann man den Begriff des Entstehungsgrundes des Anspruches nicht rein historisch fassen. Es gehören vielmehr neben den äußeren Tatsachen, wie Vorliegen einer Willenserklärung, Beschädigung einer Sache, Vornahme einer Handlung usw. auch die von den tatsächlichen Verhältnissen getroffenen Rechte dazu. Dies wird von Siber[35]) zu Unrecht geleugnet, der auf Grund eines und desselben Vorganges in jedem Falle nur einen einzigen Anspruch gewähren will, auch wenn dieser Vorgang auf verschiedene Rechtsverhältnisse einwirkt. Dieser Standpunkt widerspricht aber m. E. der Struktur des bürgerlichrechtlichen Anspruchssystems, das es möglich erscheinen läßt, daß ein tatsächlicher Vorgang zur Grundlage mehrerer Rechtsansprüche dient. Es ist m. E. nicht einzusehen, warum ein bestimmtes bürgerlichrechtliches Rechtsverhältnis den aus ihm im Falle einer bestimmten Einwirkung regelmäßig erwachsenden Anspruch nicht hervorbringen sollte, nur weil derselbe tatsächliche Vorgang zugleich auch auf ein anderes Rechtsverhältnis einwirkt. Das bürgerliche Recht bezweckt den Schutz der dem Einzelnen verliehenen Rechte. Es ist deshalb m. E. viel einleuchtender, daß, falls das Gesetz mehrere Schutzmittel zur Verfügung stellt, diese Schutzmittel in jedem Fall voll ausgeschöpft werden können. Man denke an den viel behandelten Fall der Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsanspruch: Wenn der Mieter eines Hauses wegen Schadhaftigkeit der Treppe zu Fall kommt, so wird man m. E. annehmen müssen, daß ihm sowohl die Ansprüche aus dem Mietvertrage wie auch aus unerlaubter Handlung gegeben sind. Es würde dem Sinne des Mietvertrages, der doch den Schutz des Mieters verstärken soll, widersprechen, wenn man ihn

[34]) Rudolf Schmidt Seite 4 ff.

[35]) Vorbem. zum Allg. Teil des R. der Schuldverh. bei Planck Seite 4 ff.

nur auf die Vertragsansprüche verweisen wollte, wodurch der Mieter insofern schlechter gestellt sein würde, als irgendein Dritter (z. B. der Zeitungsträger, der beim Austragen der Zeitung auf der Treppe zu Fall kommt), als er Ersatz des nichtvermögensrechtlichen Schadens (Schmerzensgeld) nicht verlangen könnte (§ 847 BGB.), weil aus dem Vertrag ein solcher Anspruch nicht erwächst[36]). Auch hier trifft meiner Ansicht nach der bereits zitierte Satz von Liszt das Richtige, daß das Gesetz und seine Vorgeschichte keine Grundlage dafür gäben, daß das BGB. einen horror vor der Konkurrenz mehrere Ansprüche auf Grund desselben Tatbestandes habe.

3. Die Lehre von der Gesetzeskonkurrenz.

Die Anspruchskonkurrenz wird herkömmlicherweise die Gesetzeskonkurrenz gegenüber gestellt. Gesetzeskonkurrenz liegt nach der h. L. vor, wenn unter mehreren Gesetzen, die auf denselben Tatbestand anwendbar erscheinen, eine Auswahl getroffen wird. Hier sagt man, konkurrieren nur die Gesetze, nicht die Rechtsfolgen (Ansprüche) [37]).

Die Gegenüberstellung von Anspruchs- und Gesetzeskonkurrenz ist begriffstechnisch inkorrekt, denn es werden hier Begriffe gegenüber gestellt, die, wie schon ihre Namen sagen, auf zwei verschiedenen Ebenen liegen[38]). In der Tat hat denn auch diese Gegenüberstellung im Verein mit dem Bestreben, im bürgerlichen Recht und im Strafrecht zum gleichen Ergebnis zu kommen, zu dem Irrtum geführt, daß die Gesetzeskonkurrenz Einheit des Anspruches im Gegensatz zur Anspruchskonkurrenz (Mehrheit der Ansprüche) bedeute[39]).

Richtiger wäre eine Gegenüberstellung von gleichzeitiger Anwenbarkeit der mehreren Normen und Ausscheidung bestimmter Normen auf Grund bestimmter Regeln. Man wird jedoch an dem einmal herangebrachten Begriff der Gesetzeskonkurrenz festhalten dürfen, wenn man sich darüber klar ist, daß darunter der zuletzt genannte Fall der Ausscheidung und Auswahl einzelner Normen aus der Zahl der konkurrierenden Normen zu verstehen ist.

Als Form der Gesetzeskonkurrenz werden unterschieden die Fälle der Spezialität und Konsumption, denen Lent noch den Fall der Idealkonkurrenz hinzugefügt hat[40]), der aber nach dem auf Seite 50 Gesagten aus der folgenden Betrachtung ausscheiden kann, da er nicht zu einer Ausscheidung einer der konkurrierenden

---

36) vgl. Oertmann Vorb. 5 vor § 823; Lent, Seite 275 ff., 283 ff., 286 ff. RGZ. Bd. 88, Seite 433; Bd. 89, Seite 387. a. M. v. Tuhr I, Seite 286 ff., 277, Bd. II, 2 Seite 459, 462 ff., 464 Hell. WG., Anspruch und Klagrecht S. 97

37) von Tuhr Seite 282; Lent Seite 72.

38) Lent Seite 72.

39) Lent Seite 73.

40) Lent Seite 43 ff., 194 ff.

Normen führt, soweit das hier allein interessierende Zivilrecht in Betracht kommt.

a) Die Spezialität.

Die Technik des Gesetzgebers bildet oft den einen Gesetzestatbestand als generellen Obertyp, den anderen als speziellen Untertyp aus. Man sagt dann, die beiden Normen stehen im Verhältnis von lex generalis und lex specialis zueinander[41]). Am deutlichsten ist dies im Strafrecht zu erkennen. Der schwere Diebstahl (§ 243 StGB.) ist ein Spezialfall des allgemeinen Diebstahlsbegriffes (§ 242 StGB.). Die Technik des Gesetzgebers bewirkt hier, daß der spezielle Tatbestand alle Merkmale des generellen enthält, sich also völlig und notwendig mit diesem deckt, sich aber vor dem generellen Tatbestand noch durch ein besonderes qualifizierendes Tatbestandsmerkmal auszeichnet. Dieselbe Erscheinung wie im Strafrecht findet sich auch im Zivilrecht. So sind z. B. die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch Spezialvorschriften gegenüber den Vorschriften über den Eigentumsherausgabeanspruch (vergl. §§ 2018, 985 BGB.). In beiden Fällen ist der zur Klage Legitimierte der Eigentümer der Sachen. Das qualifizierende Moment bei der hereditatis petitio liegt darin, daß der Besitzer auf Grund eines ihm in Wahrheit nicht zustehenden Erbrechts besitzt. Die Vorschriften des Erbschaftsanspruches zeichnen sich dadurch besonders aus, daß bei ihnen das Prinzip der dinglichen Surrogation uneingeschränkt zum Ausdruck kommt (§ 2019 BGB.). Es ist daher verständlich, wenn das Gesetz bestimmt, daß auch gegenüber den Ansprüchen, die dem Erben in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände zustehen, die Haftung des Erbschaftsbesitzers sich nach den Vorschriften des Erbschaftsanspruches bestimmt.

Die weit verbreitete Ansicht, daß die l. g. die l. sp. stets ausschließen, ist aber in dieser Allgemeinheit jedenfalls nicht zutreffend[42]). Selbst Lent, der diesen Satz verteidigt, muß einen Fall zugeben, in dem l. g. und l. sp. nebeneinander anwendbar sind. Lent[43]) führt § 463 Satz BGB. (arglistiges Verschweigen eines Mangels der Kaufsache) als Spezialfall von § 459 Absatz 1 BGB. (allgemeine Mängelhaftung) an, lehrt aber: Da § 463 Satz 2 BGB. als l. sp. dem § 459 Absatz 1 BGB. vorgehe, könne der Käufer nicht nur wandeln oder mindern, sondern nach seiner Wahl auch Schadensersatz verlangen. Hier ist also offensichtlich ein Fall gegeben, in dem die l. sp. die Rechtsfolgen der l. g. neben sich

---

41) Lent Seite 16, 192; Schmidt Seite 3, 24, 28 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 54 IV 1.

42) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 54 IV 1; Oertmann in Iherings J. Band 61 Seite 58; Rudolf Schmidt Seite 33 ff.

43) a.a.O. Seite 216, vergl. Seite 172, 212 ff., 96, vgl. auch Hellwig, Anspr. und Klagr. Seite 98 ff.

duldet. Es lassen sich jedoch noch weitere Beispiele hierfür anführen. Rudolf Schmidt[44]) verweist zutreffend auf den Fall des § 480 BGB., der für den Spezialfall des Gattungskaufes neben den allgemeinen Gewährleistungsansprüchen auf Wandelung und Minderung noch einen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache wahlweise zur Verfügung stellt. Weiter ist auch auf § 371 BGB. zu verweisen, der für den besonderen Fall, daß über eine Forderung ein Schuldschein ausgestellt ist, dem zahlenden Schuldner außer dem ihm bereits auf Grund der l. g. des § 368 BGB. zustehenden Anspruch auf Quittungserteilung noch einen daneben geltend zu machenden Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheins zubilligt.

Alle diese Beispiele zeigen zur Genüge, daß in der Tat ein allgemeiner Grundsatz, daß die l. g. der l. sp. weichen müsse, nicht anzuerkennen ist. Vielmehr wird man im Einzelfall die richtige Lösung aus dem Zweck der einen und der anderen Norm im Wege der Auslegung suchen müssen. Insbesondere wird man es darauf abstellen müssen, ob nicht etwa die l. g. eine für den Spezialfall ungeeignete Folge zeitigt, sodaß es Aufgabe der Spezialnorm sein muß, diese Folge zu vereiteln. Auch wird man daraus Schlüsse ziehen können, ob die Tendenz der l. g. darauf gerichtet ist, den Schuldner oder den Gläubiger zu begünstigen. Jenachdem die Rechtsfolge der l. g. nach der einen oder der anderen Richtung über die der l. sp. hinausgeht oder hinter ihr zurückbleibt oder ob umgekehrt die l. sp. nach der einen oder der anderen Richtung über die l. g. hinausgeht oder hinter ihr zurückbleibt, wird man daraus einen Hinweis auf die Tendenz der betreffenden Norm entnehmen können[45]).

b) Die Konsumption.

Die Konsumption ähnelt der Spezialität insoweit, als sich auch bei ihr die Tatbestände decken, und daß weiter der Tatbestand der einen Norm, der lex consumens, den Merkmalen der lex consumpta noch einige Momente hinzufügt. Die Konsumption unterscheidet sich von der Spezialität jedoch dadurch, daß die Deckung der Tatbestände keine notwendige ist, weil die konsumierte Norm vom Gesetzgeber nicht als Obertyp und die konsumierende Norm als Untertyp ausgestaltet sind. Es ist, wie Lent zutreffend bemerkt, nur eine Frage der Gesetzgebungstechnik, ob zwei Normen zueinander im Verhältnis der Spezialität oder der Konsumption stehen. Für die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber in der einen oder anderen Weise werden meist rechtspolitische Gründe maßgebend sein. So hätte man z. B. die Brandstiftung (§§ 306 ff. StGB.)

[44]) a.a.O. Seite 48 ff.
[45]) Lent Seite 193 ff., vergl. auch Seite 17 ff.; Schmidt a.a.O. Seite 136, 85, 3. Heuer Seite 3.

als Spezialtyp der Sachbeschädigung ausbilden können. Der Gesetzgeber hat sie aber mit Recht wegen ihrer Gemeingefährlichkeit als selbständigen Typ ausgebildet und sie dadurch von der in der Regel nur die Interessen des Eigentümers berührenden und meist nur im Privatklageverfahren zu verfolgenden Sachbeschädigung deutlich unterschieden.

Bei der Konsumption kommt es zur Ausscheidung der konsumierten Norm, weil diese in ihrer ganzen Bedeutung von der konsumierenden Bestimmung voll miterfaßt ist. Es liegt auf der Hand, daß die mit der Brandstiftung verbundene Sachbeschädigung durch die Bestrafung der Brandstiftung voll abgegolten ist, ebenso bei der gewaltsamen Tötung die damit verbundene Verletzung des Körpers.

Aber auch im Zivilrecht tritt uns die gleiche Erscheinung entgegen. Ein Beispiel bieten hier die §§ 325, 326 BGB., die beide dem aus einem gegenseitigen Vertrage Berechtigten wahlweise ein Recht zum Rücktritt vom Vertrage oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren. Wird nun die Leistung nach Vertragsschluß durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich, so kann natürlich die Leistung im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bewirkt werden. Der auf die Unmöglichkeit begründete Schadensersatzanspruch umfaßt aber auch den durch die nicht rechtzeitige Erfüllung entstandenen Schaden, sodaß ein besonderer Verzugsschaden daneben nicht mehr verlangt werden kann.

c) Subsidiarität.

Zu einem Ausscheiden einer Gesetzesnorm kann es weiterhin auch wegen Subsidiarität dieser Norm kommen. Die Subsidiarität ist zwar kein Fall der Gesetzeskonkurrenz, aber eine dieser verwandte Erscheinung, und wird daher in der Wissenschaft mit dieser zusammen behandelt[46]).

Mit der Bezeichnung „Subsidiarität" pflegen zwei verschiedene Erscheinungen belegt zu werden. Die Subsidiarität i. w. S. ist ein Rangverhältnis der einen Gesetzesnorm, demzufolge sie hinter einer anderen Norm zurücktreten muß. Dieses Rangverhältnis ist sehr oft aus dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. In diesem Sinne ist im Strafrecht der Versuch im Sinne des § 43 StGB. und die Aufforderung zum Verbrechen im Sinne des § 49a StGB. subsidiär, weil nach dem Wortlaut dieser Bestimmung eine Bestrafung nach diesen Normen nur eintritt, wenn die beabsichtigte Tat nicht zur Ausführung gelangt ist. Im bürgerlichen Recht ist in diesem Sinne subsidiär die von der Vorausklage gegen den Hauptschuldner abhängige Haftung des Bürgen (§ 771

[46]) Lent Seite 16 ff., 22 ff., 27 ff., 32 ff., 223 ff., 230 ff., 313 ff., 355 ff.; Rudolf Schmidt Seite 230 erkennt die Subsidiarität für das BGB. nicht an. vgl. auch Heuer Seite 4 ff.

BGB.). sowie die Haftung des Beamten wegen fahrlässiger Amtspflichtsverletzung, die nur dann Platz greift, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 BGB.).

Neben dieser Subsidiarität i. w. S. gibt es aber noch eine Subsidiarität im engeren Sinne. Bei dieser sind zwei selbständige Tatbestände gegeben, von denen einer ausscheiden muß, weil er gegenüber dem anderen von nur geringerer Bedeutung ist und eine selbständige Berücksichtigung neben dem anderen nicht verdient. In diesem Sinne ist z. B. die vom Strafrecht als selbständiger Tatbestand ausgestaltete Herausforderung zum Zweikampf (§ 201 StGB.) der eigentlichen Begehung des Zweikampfes im Sinne von § 205 StGB. subsidiär. Dafür jedoch, daß, wie vielfach behauptet wird, der Bereicherungsanspruch schlechthin subsidiär sei oder doch wenigstens im Verhältnis zu dinglichen Ansprüchen[47]), läßt sich aus dem Gesetz kein Anhalt gewinnen[48]).

d) Exklusivität.

Schließlich kann es zur Ausscheidung eines von mehreren Gesetzen kommen, weil die mehreren Gesetze Tatbestandsmerkmale haben, die ein gleichzeitiges Gegebensein beider Tatbestände aus logischen Gründen ausgeschlossen erscheinen lassen. So kann beim Vorliegen des Tatbestandes des Totschlages nicht der Tatbestand des Mordes gegeben sein, weil das Merkmal der Überlegung fehlt und dieses eine notwendige Voraussetzung für die Bejahung des Mordes ist.

Ein entsprechendes Beispiel für das bürgerliche Recht ist bereits im Verlaufe dieser Arbeit zur Sprache gekommen. Es handelt sich darum, daß die condictio rei nicht mit dem Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB. zu gleicher Zeit gegeben sein kann; denn die condictio rei erfordert, daß der Kläger noch Eigenwährend die rei vindicatio erfordert, daß der Kläger noch Eigentümer ist.

In den Fällen dieser mit „Exklusivität“ bezeichneten Erscheinung kann der eine Tatbestand beim Vorliegen des anderen nicht gegeben sein, weil der andere ihm genau entgegengesetzt ist, beim Vorliegen des anderen die Voraussetzungen des einen nicht gegeben sein können[49]).

---

[47]) So insbesondere v. Mayr Seite 356 ff., Oertmann Bem. 4 vor § 812, v. Koschembahr-Lyskowski Seite 1, 139, Prym Seite 61, Heuer Seite 33 ff.

[48]) Zutreffend Staudinger Anm. 6 vor § 812, Planck Vorbem. 5 vor § 812, v. Gierke Bd. 3 Seite 999, Freund Seite 12 ff., Jung Seite 42, Plessen Seite 58 ff., Stammler Seite 37, Schollmeyer Seite 209.

[49]) Lent Seite 41 ff., 196; Schmidt Seite 23 ff., 33 ff., 43 ff., 55 ff., vergl. auch Seite 81 ff. Heuer Seite 4 ff.

§ 8. Das Verhältnis von condictio possessionis und Eigentumsherausgabeanspruch.

a) Im allgemeinen.

Was nun das Verhältnis der condictio possessionis zum Eigentumsherausgabeanspruch angeht, so muß man m. E. grundsätzlich eine Konkurrenz beider Ansprüche bejahen. Daß Subsidiarität nicht in Frage kommt, ist bereits dargelegt. Aber auch Spezialität und Konsumtion liegen nicht vor, da sie die Tatbestände der beiden Ansprüche nicht decken. Das Kernstück des Vindikationstatbestandes, das dingliche Eigentumsrecht, ist dem Besitzbereicherungsanspruch nicht wesentlich. Wer sich auf die condictio possessionis beruft, braucht das Eigentum nicht zu behaupten[50]).

Die beiden Tatbestände der c. p. und der rei vindicatio schließen sich auch nicht etwa aus logischen Gründen aus: Der Besitzbereicherungsanspruch ist logisch durchaus auch denkbar, wenn der Besitzeskondizent Eigentümer der heraus verlangten Sache ist.

b) Das Verhältnis von § 818 zu §§ 987 ff., 993 BGB.

Wenn hiernach auch die c. p. als solche neben dem Eigentumsherausgabeanspruch durchaus denkbar ist, bringt es doch die besondere Regelung der Herausgabe von Nutzungen beim Eigentumsanspruch mit sich, daß der § 818 BGB. Abs. 1 neben den §§ 987 ff BGB. nicht anwendbar ist.

Die Lösung der Frage ergibt sich m. E. aus den §§ 993, 988 BGB. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß, soweit nach §§ 987 ff. BGB. Nutzungen nicht herauszugeben sind, der Besitzer diese cum causa erhalten hat, der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung also überhaupt nicht gegeben sein kann (Exklusivität). Dieser Nachweis soll im folgenden geführt werden.

Das Exklusivitätsverhältnis kommt m. E. schon im Wortlaut des § 993 Abs. 1 BGB. zum Ausdruck. Dort heißt es, nachdem auf die Bestimmungen der §§ 987 ff. BGB. Bezug genommen ist und die Herausgabepflicht bezüglich der vor Rechtshängigkeit gezogenen Früchte für den gutgläubigen Besitzer auf die Übermaßfrüchte beschränkt ist: „Im übrigen ist er weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet.“ Die Bedeutung dieses zweiten Halbsatzes des § 993 BGB. liegt geradezu allein in dem Ausspruch des Ausschlusses jeder weitergehenden Haftung. Anderenfalls hätte es dieser Bestimmung überhaupt nicht bedurft,

---

50) Für Anspruchskonkurrenz: Staudinger Vorbem. 6 vor § 812; Planck Bem. 5 vor § 812; Plessen Seite 20; Jung Seite 43; Lent Seite 340; v. Gierke III Seite 999; Bolze Seite 214 ff. Bruns Seite 200; Oertmann Bem. 4 vor § 812.

da sie in diesem Zusammenhange nur Selbstverständliches sagt[51]): Die Voraussetzungen für etwaige Ansprüche sind im ersten Halbsatz enthalten; daß beim Fehlen dieser Voraussetzungen die fraglichen Ansprüche nicht gegeben sind, bedurfte keines besonderen Hinweises. Es entspricht nun aber in keiner Weise der Technik der Redaktion des BGB., die in dem Bestreben nach möglichster Kürze zum Teil über das Ziel hinausgegangen ist, (z. B. mit den Verweisungen auf andere §§), etwas Selbstverständliches und daher Überflüssiges zu sagen. Insbesondere ist es aber im BGB. nicht üblich, nachdem die Voraussetzungen der Ansprüche aufgezählt sind, nun auch noch besonders zu sagen, daß beim Fehlen dieser Voraussetzungen die Ansprüche nicht gegeben sind. Wenn dies im § 993 Abs. 1 BGB. entgegen der sonstigen Übung aber geschehen ist, so muß das seine besondere Bedeutung haben. Wenn man daher in dieser Bestimmung keine Anomalie erblicken will, wird man sie m. E. zwanglos dahin auslegen können, daß sie ihren besonderen Inhalt hat, nämlich den, daß etwaige aus anderen Rechtsgründen herzuleitende Ansprüche auf Nutzungen und Schadensersatz neben den aus den §§ 987 ff. BGB. herzuleitenden Ansprüchen ausgeschlossen sein sollen[52]). Dieser Schluß wird m. E. bestätigt durch § 988 BGB., der für den Sonderfall der unentgeltlichen Besitzerlangung bestimmt, daß auch die vor Rechtshängigkeit vom redlichen Besitzer gezogenen Nutzungen nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben seien. Auch dieser Vorschrift hätte es nicht bedurft, wenn die Vorschriften über die ungrechtfertigte Bereicherung ohnehin hinsichtlich der Herausgabe von Nutzungen anwendbar wären[53]).

Man braucht sich jedoch mit diesen aus dem Wortlaut herzuleitenden Argumenten nicht zu begnügen. Der Ausschluß des § 818 Abs. 1 BGB. hinsichtlich der Nutzungen ergibt sich vielmehr zwingend aus einem inneren Grunde, soweit nämlich § 993 BGB. die Herausgabe von Nutzungen ausschließt, sind diese, wie bereits angedeutet, cum causa erworben[54]).

---

[51]) Vergl. Lent Seite 273 ff., der in § 993 Abs. 1 2. Halbsatz eine „negative Norm" erblickt, d. h. eine solche Norm, die nicht positiv die Voraussetzungen von Ansprüchen normiert, deren Bedeutung vielmehr lediglich in der ausgesprochenen negativen Rechtsfolge liegt. Vergl. auch Seite 196 ff.

[52]) Eine ähnliche Erscheinung findet sich auch an anderen Stellen im BGB. § 288 regelt z. B. die Verzugszinsen und spricht im Abs. 2 aus, daß die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist. Hier handelt es sich allerdings nicht um den Ausschluß, sondern um die Zulassung weitergehender Ansprüche. Die Ähnlichkeit besteht aber darin, daß auch hier etwas an sich Selbstverständliches gesagt wird, um Mißverständnissen vorzubeugen. § 288 Abs. 2 will verhüten, daß jemand auf den Gedanken kommt, der Verzugsschaden sei mit den Verzugszinsen gänzlich abgegolten.

[53]) Jung Seite 34 ff., ferner Jur. Wschr. 1930 Seite 3210, Protokolle II Seite 686.

[54]) **Jung a.a.O.**

Allerdings wird man sich bei dem unzutreffenden und von der II. Kommission mit Recht gestrichenen Satz des § 748 Abs. 2 des E I zum BGB. nicht beruhigen dürfen, demzufolge es im Zweifel als rechtlicher Grund anzusehen sein sollte, wenn ein Rechtsverlust auf einer positiven Bestimmung beruhte. Vielmehr folgt das Vorhandensein des Rechtsgrundes daraus, daß hier die Vermögensverschiebung in den relativen Beziehungen der Parteien, zwischen denen sie sich vollzieht, ihre Rechtfertigung findet[55]).

Diese Definition des Rechtsgrundes, die Jung gegeben hat, ist m. E. die brauchbarste; denn sie wird allen in Betracht kommenden Erscheinungen gerecht, insbesondere vermag sie auch den Fall des § 993 in Verb. mit den §§ 987 ff. BGB. zu erklären.

Man muß relative Beziehungen allerdings nicht schlechthin mit obligatorischen Beziehungen gleichsetzen[56]). Collatz[57]) der das Wesen des Rechtsgrundes in der obligatorischen Unterlage der Vermögensverschiebung findet, vermag die Vorschrift des § 993 und die des § 964 BGB. (Bienenschwarm) nur als wohlmotivierte Ausnahmen erklären. Das ist m. E. unbefriedigend und bringt keine ausreichende Klärung. Auf diese Weise kann man mit jeder Erscheinung, die man systematisch nicht unterzubringen vermag, fertig werden.

Daß in einer sehr großen Zahl von Fällen der Rechtsgrund in den obligatorischen Beziehungen der Parteien zu finden ist, darf nicht Wunder nehmen; denn auf dem großen Rechtsgebiet des Verkehrslebens, dem Gebiete des Schuldrechts, schaffen die Parteien kraft der ihnen vom Gesetz verliehenen Vertragsfreiheit die rechtlichen Grundlagen für die von ihnen vorzunehmenden Vermögensverschiebungen durch den Abschluß von Verträgen, durch die sich der eine Vertragsteil zur Übertragung von Vermögensrechten auf den anderen verpflichtet. Man darf jedoch nicht vergessen, daß es letzten Endes die Rechtsordnung selbst ist, auf der ja auch die Vertragsfreiheit beruht, die bestimmt, wann eine Güterverschiebung als cum causa oder sine causa geschehen zu betrachten ist. Es ist daher durchaus in der Ordnung, daß auf dem der Vertragsautonomie entzogenen Gebiet des Sachenrechts die etwaigen relativen Beziehungen aus dem Gesetz selbst abgeleitet werden müssen.

Relative Beziehungen sind insbesondere auch in dem vom Gesetz normierten Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer zu erblicken. In diesen findet das Behalten der vom redlichen Besitzer vor Rechtshängigkeit gezogenen Früchte gem. § 993 BGB.

---

55) Jung Seite 127 ff., 129, vgl. auch Seite 67; Plessen Seite 46 ff.; Wolffenstein Seite 86 ff.

56) vgl. Brütt Seite 192.

56) vgl. Brütt Seite 192.

57) Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung Seite 20,, Realgeschäfte Seite 1 ff., 22 ff.

seine Rechtfertigung. Das Gesetz wägt bei der Normierung des Verhältnisses von Eigentümer und Besitzer die beiderseitigen Interessen gegeneinander ab. Es schränkt z. B. die Schadensersatzpflicht des redlichen Besitzers wegen Verschlechterung oder Untergangs der Sache ein, weil er quasi suam rem neglexit. §§ 990 ff., 993 BGB. Ein ähnlicher Gedanke ist es, aus dem das Gesetz, dem redlichen Besitzer, der sich für den Eigentümer oder Nutzungsberechtigten hielt, und Mühe und Kosten auf die Sache verwendet hat, die Früchte endgültig zubilligt. § 993 BGB. in Verb. mit §§ 987 ff. BGB. bringt somit den deutschrechtlichen Fruchtziehungsgedanken zum Ausdruck[58]. Der Grundsatz: wer säet der mähet, trifft allerdings, worauf Jung[59]) zutreffend hinweist, in vielen Fällen der §§ 954 ff. BGB. nicht zu. Daraus ist jedoch ein Bedenken gegen die hier vertretene Auffassung, daß der Fruchterwerb durch den redlichen Besitzer cum causa geschieht, nicht herzuleiten. Aus dem Gesetz geht vielmehr hervor, daß der Besitzer schon dafür belohnt werden soll, daß er die Sache gutgläubig in seiner Obhut gehabt und für ihre Unterhaltung gesorgt hat. Das geht m. E. zur Genüge aus § 994 BGB. hervor, der die Nutzungen ausdrücklich zum Aequivalent für die gewöhnlichen Erhaltungskosten erklärt.

Ein weiteres Bedenken gegen die Anwendung des Erarbeitungsgedankens erblickt Jung[60]) darin, daß bei der Spezifikation der Arbeitsgedanke nicht zum Ausschluß der Ausgleichungspflicht führt, vielmehr der frühere Eigentümer Vergütung in Geld nach Bereicherungsvorschriften verlangen kann. Dieses Bedenken schlägt jedoch nicht durch. Die verschiedenartige Regelung bei der Spezifikation einerseits und dem Fruchterwerb des redlichen Besitzers andererseits ist m. E. durchaus verständlich und entspricht dem verschiedenen Charakter beider Tatbestände. Gewiß, auch der Spezifikant soll belohnt werden. Aber sein Lohn soll nicht im Erwerb auch des Materialwertes bestehen. Vielmehr ist der ratio legis vollauf Genüge getan, wenn der Spezifikant die von ihm geschaffene neue Sache, die die sichtbare Verkörperung seiner Arbeit darstellt, zu Eigentum erhält, ohne daß der Stoffwert ihm verbleibt. Dies leuchtet besonders ein, wenn man bedenkt, daß der Spezifikant selbst dann Eigentümer wird, wenn sein Material gestohlen war.

Nach alledem wird man m. E. daran festhalten dürfen, daß der redliche Besitzer die ihm nach § 993 BGB. verbleibenden Nutzungen cum causa erworben hat und daß infolgedessen eine Herausgabe der Nutzungen nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung nicht mehr in Frage kommt. Zum gleichen Ergebnis

58) v. Gierke Bd. 2 Seite 595, vgl. auch Seite 511, Sachsenspiegel II Art. 44 § 2, lex Saxonum 63.
59) a.a.O. Seite 34, 39 ff.
60) a.a.O. Seite 39.

ist der 6. Zivilsenat des Reichsgerichts in der Entscheidung Band 133 Seite 283/4 ff gekommen. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte der Kläger in einem Vorprozeß auf Grundbuchberichtigung und Rückgabe des an den Beklagten verkauften Grundstücks, das an einen Dritten verpachtet war, ein rechtskräftiges Urteil erwirkt, das seinem Antrage entsprach. Der Beklagte hatte in jenem Rechtsstreit ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht, zu dessen Abwendung der Kläger einen bestimmten Betrag hinterlegt hatte. In dem zur Entscheidung des Reichsgerichts gelangten Rechtsstreit verlangte der Kläger, daß der Beklagte, dem er überhaupt kein Zurückbehaltungsrecht zugestand, in die Auszahlung der hinterlegten Summe willige. In diesem Rechtsstreit handelte es sich in dem hier interssierenden Punkte darum, in welchem Umfange der Beklagte zur Erstattung der von ihm gezogenen Pachtzinsen herangezogen werden könne. Das Reichsgericht billigt in seiner Entscheidung die Anwendung des § 987 Absatz I BGB. durch die Vorinstanzen und hält den Beklagten nur für verpflichtet, die nach Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen herauszugeben.

Zu dem in dieser Arbeit vertretenen Standpunkt bekennt sich das Reichsgericht auch in dieser Entscheidung noch nicht wieder, vielmehr betont es, daß das Urteil des Vorprozesses allein auf den Eigentumsanspruch, nicht aber auf den gleichzeitig erhobenen Bereicherungsanspruch erkannt habe und daß somit ein Widerspruch mit der Entscheidung im Band 129 Seite 307 nicht vorhanden sei.

Erst im Bande 137 Seite 210 kehrt das Reichsgericht unter ausdrücklicher Aufgabe des im Bande 129 Seite 307 vertretenen Standpunktes zu seiner früheren Auffassung zurück, daß die §§ 987 ff. BGB. die §§ 812 ff. BGB. ausschlössen.

b) Verwendungen.

Bei der Frage, welche Verwendungen der Besitzer dem Eigentümer zu erstatten hat, zeigt sich die freie Konkurrenz von Bereicherungs- und Eigentumsanspruch. Der Bereicherungsbeklagte kann, da er nur auf die noch vorhandene Bereicherung haftet, alle Verwendungen abziehen, auch solche, die nicht notwendig und sogar ganz unsinnig waren. Denn durch jede Verwendung, die auf die Sache gemacht wird, wird die ursprünglich eingetretene Bereicherung gemindert[61]).

Dies zeigt sich deutlich, soweit die Herausgabe des Erlangten nicht mehr möglich und daher Wertersatz zu leisten ist. In diesem Fall beschränkt sich die Herausgabepflicht auf eine Summe, die dem erlangten Wert abzüglich der gemachten Verwendungen entspricht.

---

[61]) RG. Warneyer 1919 Nr. 196.

Kann das Erlangte noch in natura herausgegeben werden, so braucht m. E. entsprechend der Bereicherungsbeklagte das Erlangte nur Zug um Zug gegen Erstattung der Verwendungen herauszugeben[62]). Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß das Reichsgericht neuerdings dem Satz, daß der Bereicherte nur auf die noch vorhandene Bereicherung haftet, in einer Entscheidung[63]) besonders starken Ausdruck verliehen hat. Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Kläger hatte an den Beklagten zwei benachbarte Grundstücke verkauft und übereignet, die der Beklagte mit einem auf beiden Grundstücken stehenden Fabrikgebäude bebaut hatte. Der Kaufvertrag und die Übereignung des einen Grundstücks erwiesen sich als nichtig, und der Kläger verlangte daher das Grundstück zurück. Das Reichsgericht hat den Anspruch auf Herausgabe für ungerechtfertigt erklärt mit der Begründung, daß der Kläger wegen der hohen Verwendungen, die er auf das Gundstück gemacht habe, zur Herausgabe desselben in natura wirtschaftlich außerstande sei (§ 818 Absatz II BGB.). Das Reichsgericht wendet hier in m. E. zutreffender Weise den § 915 Abs. 1 BGB. entsprechend an, wonach der auf Grund eines Überbaues Rentenberechtigte verlangen kann, daß der Rentenpflichtige ihm gegen Übertragung des Eigentums an dem überbauten Teil des Grundstücks den Wert dieses Teils z. Zt. der Grenzüberschreitung ersetzt.

Für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist dagegen eine von der Bereicherungshaftung abweichende Regelung auch für den Ersatz von Verwendungen getroffen, die die Rechte des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen erheblich einschränkt. Nach § 996 BGB. kann der Besitzer für andere als notwendige Verwendungen Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor dem Beginn der in § 990 BGB. bestimmten Haftung (Eintritt der Unredlichkeit) gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu der der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Der redliche Besitzer hat einen Anspruch auf Ersatz der vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemachten nützlichen Verwendungen, für die vor Rechtshängigkeit und vor dem Beginn der in § 990 BGB. bestimmten Haftung gemachten notwendigen Verwendungen. Macht er nachher notwendige Verwendungen, so bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 994 Absatz II BGB.).

Man kann nun m. E. nicht deduzieren, daß, soweit die Vorschriften über den Eigentumsanspruch keinen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen gewähren, auch der Bereicherungsbeklagte

[62]) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 224 (447) III 3.
[63]) RG. 133 Seite 293.

Verwendungen nicht in Abzug bringen darf, weil dies durch die Vorschriften über den Eigentumsanspruch ausdrücklich ausgeschlossen sei. Der Bereicherungsanspruch geht vielmehr nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes (§ 818 Absatz III BGB.) auf die noch vorhandene Bereicherung. Es kann daher keine Bereicherungshaftung gegeben sein, soweit keine Bereicherung mehr vorliegt.

Im praktischen Ergebnis wird man, wenn die Klage sich sowohl auf ungerechtfertigte Bereicherung wie auch auf Eigentum stützt, dem Beklagten Ersatz von Verwendungen nur insoweit zugestehen können, als er nach §§ 994 ff. BGB. ihn verlangen kann. Verlangt nämlich der Kläger Herausgabe einer Sache und deckt er in der Klagebegründung sein Eigentum auf, so kann zwar der Beklagte der Bereicherungsklage den Einwand des Fortfalls der Bereicherung infolge der Verwendungen entgegen setzen. Soweit die Klage aber aus dem Gesichtspunkt der rei vindicatio gerechtfertigt ist, schlägt dieser Einwand nicht durch, vielmehr kann der Beklagte insoweit nur Ersatz von Verwendungen im Rahmen der §§ 994 ff. BGB. verlangen. Da nun der Richter die dem Kläger günstigsten rechtlichen Folgerungen zu ziehen hat, soweit diese durch den Klagvortrag gerechtfertigt sind, kommt er im Ergebnis also doch zu einer Anwendung der §§ 994 ff. BGB., da diese die Rechte des Beklagten einschränken, dem Kläger also am günstigsten sind.

Lebenslauf.

Ich bin am 29. Juni 1907 in Kassel geboren. Meine Eltern sind der Lehrer und Oberkantor Karl Witepski und seine Ehefrau Else, geb. Blumenthal. Ich habe das Friedrichsgymnasium in Kassel und zeitweilig auch das Königstädtische Gymnasium in Berlin besucht. Die Reifeprüfung habe ich Ostern 1925 auf dem Friedrichsgymnasium in Kassel abgelegt. Alsdann habe ich auf den Universitäten Berlin und Marburg Rechtswissenschaft studiert.

Die erste juristische Staatsprüfung habe ich im November 1928 vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel mit „voll befriedigend" bestanden. Seitdem war ich bei den Kasseler Gerichten als Referendar tätig. Am 12. Juni 1933 habe ich die große juristische Staatsprüfung ebenfalls mit „voll befriedigend" bestanden. Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 11. September 1933 cum laude abgelegt.

Herrn Professor Jung danke ich an dieser Stelle für die Anregungen, die er mir bei der Anfertigung dieser Arbeit gegeben hat.